

THÈSE DE
NANCY.

1883

N^o. 4.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADÉMIE DE NANCY.

RECHERCHES
SUR LA
PROPRIÉTÉ COLLECTIVE A ROME

ET SON INFLUENCE SUR LE DROIT PRIVÉ ROMAIN

EN DROIT ROMAIN

DES
ASSOCIATIONS COMMERCIALES EN PARTICIPATION
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE
POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE
A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Par Edouard GAUCKLER

AVOCAT

NANCY
IMPRIMERIE DE N. COLLIN, RUE DU CROSNE, 5

1883

RECHERCHES
SUR LA
PROPRIÉTÉ COLLECTIVE A ROME
ET SON INFLUENCE SUR LE DROIT PRIVÉ ROMAIN
EN DROIT ROMAIN

DES
ASSOCIATIONS COMMERCIALES EN PARTICIPATION
EN DROIT FRANÇAIS

— 618 —
THÈSE
POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE
A LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY
Par Edouard GAUCKLER
AVOCAT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le samedi 23 juin 1883, à 4 heures du soir.

Président : M. LEDERLIN, Doyen de la Faculté.

<i>Suffragants</i> :	{	MM. BLONDEL,	{	Professeurs.
		MAY,		
		GARDEIL,		Agrégés chargés de cours.
		BOURCART,		

*Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.*

NANCY
IMPRIMERIE DE N. COLLIN, RUE DU CROSNE, 5

1883

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY.

MM. LEDERLIN, I ☉,	Doyen, Professeur de Droit romain (2 ^e chaire), autorisé à faire le cours de Pandectes et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.
JALABERT ✱, I ☉,	Doyen honoraire.
LOMBARD (A.), I ☉,	Professeur de Droit commercial et Chargé du cours de Droit des gens.
LIÉGEOIS, I ☉,	Professeur de Droit administratif et Chargé du cours d'histoire du Droit romain et du Droit français.
BLONDEL, A ☉,	Professeur de Code civil (2 ^e chaire) et Chargé du cours de Droit constitutionnel.
BINET, A ☉,	Professeur de Code civil (3 ^e chaire) et Chargé du cours de Droit civil approfondi dans ses rapports avec l'Enregistrement.
LOMBARD (Paul), A ☉,	Professeur de Code civil (1 ^{re} chaire).
GARNIER, A ☉,	Professeur d'Economie politique.
MAY,	Professeur de Droit romain (1 ^{re} chaire).
CHAVEGRIN,	Agrégé, Chargé du cours de Droit international privé.
GARDEIL,	Agrégé, Chargé du cours de Droit criminel.
BEAUCHET,	Agrégé, Chargé du cours de Procédure civile.
BOURCART,	Agrégé, Chargé du cours de Pandectes, autorisé à faire le cours de Droit romain (2 ^e chaire).
GAVET,	Agrégé, Chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.
LACHASSE, I ☉,	Docteur en Droit, secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat ; le visa n'est donné qu'au point de vue de la morale et de l'ordre public. (Statut du 9 avril 1825, art. 81.)

MEIS ET AMICIS.

RECHERCHES
SUR LA
PROPRIÉTÉ COLLECTIVE A ROME
ET
SON INFLUENCE SUR LE DROIT PRIVÉ ROMAIN





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546224_0035

INTRODUCTION

Le sujet que nous abordons dans cette étude offre assurément un large champ aux conjectures. Par son point de départ, il rentre dans ces questions d'origines qui se présentent au début de toute histoire ; questions pleines de difficultés et d'obscurités, passionnantes par cela même, mais s'imposant à quiconque veut se rendre compte des institutions d'un peuple. En se plaçant sur un terrain aussi périlleux l'on s'expose à un double reproche. D'une part, diront les critiques, c'est une œuvre téméraire que de vouloir rechercher l'influence d'une institution dont l'existence est problématique : prendre une hypothèse comme point de départ, c'est donner à l'édifice entier la fragilité de sa base. D'autre part, en s'adonnant à de pareilles conjectures on empiète sur ce qui doit rester le domaine de l'imagination ; l'on méconnaît cette règle que le but d'une étude historique ne saurait être que de raconter des faits incontestables, de décrire des institutions dont la réalité est certaine, non pas d'exposer ce qui est l'œuvre toute subjective de l'historien, le simple produit de sa faculté d'inven-

tion (1). — Nous voudrions faire une brève réponse à ces deux objections que nous ne croyons complètement fondées ni l'une ni l'autre.

Tout d'abord, nous pensons que même sur le terrain de l'histoire, et particulièrement de l'histoire du droit, il faut faire à l'hypothèse sa part : restreinte dans certaines limites, elle est non-seulement légitime mais encore nécessaire. Un exposé exact et fidèle des institutions que l'on étudie, le souci d'appuyer chaque détail sur un texte précis, une critique savante des sources, ne sont pas le but suprême qu'il faille se proposer. On ne saurait se borner à cette description toute physique, si je puis dire, des faits et des choses, et négliger ce qui en constitue l'âme même, ce qui en fournit l'explication et la raison d'être. Mais, pour découvrir l'esprit même d'un droit, pour établir les principes sous l'action desquels ce droit s'est créé et modifié, ne faut-il pas fatalement se livrer à l'hypothèse, et surtout, n'est-il pas indispensable de se reporter aux origines même conjecturales ? — Le développement des institutions d'un peuple, comme celui de l'humanité entière, comme toute évolution de phénomènes naturels, est soumis à des lois fixes et invariables. La découverte de certaines de ces lois constitue le domaine propre de l'histoire du droit, la fin dernière de ses recherches ; elle doit, pour les établir, envisager dans son ensemble la série des modifications qu'elle étudie, et reconstituer, fût-ce

(1) Cf. les observations de M. Fustel de Coulanges placées en tête de son *Etude sur la Propriété à Sparte*. Journal des Savants, février 1880.

par voie d'hypothèse, les premiers anneaux de cette chaîne de faits qui, dans leur liaison étroite, se continuent à travers les siècles. C'est précisément dans ce passé qui nous échappe qu'il faut chercher l'explication de ces usages singuliers dont la constatation étonne toujours et révolte parfois, qui apparaissent à certaines époques, complètement établis, développés dans toutes leurs conséquences, et présentent autant d'énigmes à quiconque ne veut pas remonter plus haut.

Former des conjectures dans une étude historique, ce n'est autre chose qu'employer un procédé nécessaire à toutes les sciences qui font de la nature l'objet de leur étude. L'histoire, d'ailleurs, comme les sciences naturelles, a ses moyens de vérification ; elle aussi peut considérer comme prouvée une hypothèse qui explique tous les événements auxquels elle se rattache, qui se trouve en accord avec tous les faits connus d'une façon certaine, enfin qui s'harmonise avec les conditions générales du développement des sociétés. Remonter ainsi d'une époque connue à une époque inconnue, c'est faire une induction bien légitime, quand surtout il s'agit d'un peuple et d'un temps où l'unique loi est la coutume. Alors, en effet, le droit se développe par sa force propre, sans l'intervention perturbatrice de l'initiative individuelle dont la volonté arbitraire se manifeste en des actes législatifs, sans ces pas brusques en avant qui laissent un intervalle vide entre deux périodes et déroutent l'historien auquel les documents échappent ; alors l'étude de ce droit offre un champ solide aux raisonnements qui

s'appuient sur l'action logique des lois naturelles et recherchent la manifestation de ces lois dans une évolution lente, une transformation graduelle.

Est-il maintenant bien exact de dire que l'existence de la propriété collective chez les peuples qui ont fondé Rome soit purement hypothétique ? Nous ne le pensons pas. Il se trouve, en effet, parmi les renseignements trop rares que nous ont transmis les anciens, des indications très-positives de la réalité de cet antique état de choses. D'autre part, en recherchant parmi les institutions du droit privé romain celles qui trahissent l'influence de la propriété collective, nous aurons l'occasion de faire une de ces vérifications dont nous parlions tout à l'heure, et de confirmer par là la certitude de notre point de départ. Mais il est surtout un ordre de considérations qui nous paraît fournir des arguments décisifs. Nous dirons, en effet, combien a été générale cette institution de la propriété collective, et, sans nous attarder toutefois à des questions qui sortent du cadre de cette étude, nous montrerons qu'on la rencontre chez tous les peuples dont on a pu constater de façon certaine l'état primitif. Or, l'homme est identique à lui-même, sur quelques points du globe qu'on le trouve ; sans doute il subit plus ou moins l'influence des milieux, il est plus ou moins avancé dans la voie du progrès social, mais cette voie est la même partout, et c'est toujours le même sillon que creuse l'humanité dans ses divers représentants. Si donc les phases traversées par les sociétés ont été partout les mêmes lorsque l'histoire les a pu reconnaître avec certitude, ces

phases ont existé là aussi où elle doit avouer son impuissance, parce qu'il s'agit encore d'êtres humains et que ces êtres sont soumis à des lois identiques.

Avant d'aborder l'objet même de notre étude, il nous faut montrer brièvement comment, au début de son développement historique, la propriété a dû nécessairement être collective et comment, par des modifications successives, elle est devenue privée et individuelle. Laissant ensuite ces considérations générales, nous ferons voir que beaucoup de peuples nous fournissent des exemples incontestables de cette évolution. Nous rechercherons alors quelles preuves l'on peut trouver à ce sujet dans les écrivains romains. Ces divers points feront l'objet de notre première partie. Dans une seconde partie, partant alors de cette idée que l'évolution de la propriété a été la même à Rome que partout ailleurs, nous passerons en revue les institutions essentielles du droit privé romain, en indiquant quels en sont les éléments qui se rattachent à cette idée. Dans cet examen, d'ailleurs, nous n'avons touché que les points principaux de notre sujet, pénétrés que nous étions de notre impuissance à les examiner tous. Du moins, dans ces limites bien modestes, avons-nous essayé d'en montrer tout l'intérêt, d'en faire voir l'importance considérable pour l'intelligence du droit romain.

PREMIÈRE PARTIE

C'est aujourd'hui une opinion généralement reçue que l'exercice d'une propriété individuelle et exclusive sur certains biens est un droit naturel, antérieur à toute société, consacré par toute civilisation à sa naissance même. Cependant, si nous remontons le cours des temps, nous devons reconnaître que l'humanité n'est arrivée à cette conception que par une longue évolution, en passant par divers états intermédiaires qui se succèdent lentement en marquant à chaque étape un progrès nouveau vers la propriété privée. Cette évolution [de la propriété accompagne une évolution concomitante de la famille ; l'une et l'autre sont dans un enchaînement étroit et ne sauraient être séparées dans l'histoire de leur développement. En même temps que la famille se concentre en des groupes de plus en plus restreints, le domaine collectif qui lui appartient se divise entre ces éléments et devient de moins en moins étendu.

Nous essayerons, dans notre premier chapitre, d'esquisser le tableau rapide de ces deux séries de transformations et d'en marquer les étapes principales. Dans un second chapitre, nous passerons en revue l'état de la propriété chez quelques peuples autres que les Romains. Enfin nous consacrerons notre troisième chapitre à l'exposé des preuves que

l'on peut fournir au sujet d'une semblable évolution à Rome même.

CHAPITRE PREMIER

L'Evolution concomitante de la famille et de la propriété.

Un éminent auteur anglais a mis en relief cette vérité que le lien constitutif des sociétés primitives n'est et ne peut être que la parenté (1). Les tribus qui occupaient les plateaux de l'Asie centrale et dont les rameaux divers ont peuplé l'Inde et l'Europe, ces tribus étaient des familles agrandies, réunies sous l'autorité d'un descendant de l'ancêtre commun. Chef de famille en même temps que chef politique, le patriarche a donc un pouvoir d'un double caractère. Ce pouvoir s'exerce sur les groupes qui constituent les éléments de la tribu, c'est-à-dire sur des familles restreintes composées seulement du père, de la mère et de leurs enfants (2). Entre cette famille restreinte

(1) Sumner-Maine. Institutions primitives, chap. III.

(2) Que cette famille restreinte ait existé avant la dispersion des races, c'est ce que prouve l'existence d'un radical commun dans les termes des diverses langues désignant les relations de proche parenté :

ALLEMAND.	SANSKRIT.	GREC.	LATIN.
Vater	Pitri	Patèr	Pater
Mutter	Mâtri	Mètèr	Mater
Sohn	Sûnu	Uios	Filius
Bruder	Bhrâtri	Phratèr	Frater
Schwester	Svasri		Soror
Wittwe	Vidhava		Vidua

Mandry. *Das gemeine Familiengüterrecht*, p. 35.

et la tribu, point de groupe intermédiaire. Lorsque le père meurt et que son autorité, qui seule maintenait unis ses enfants, a disparu, ceux-ci se séparent, car il n'y a point entre eux ce lien que constitue un patrimoine indivis. A cette époque, en effet, toutes choses sont communes à la tribu entière et cette communauté est une conséquence forcée de l'état social. Les peuplades dont nous parlons ne connaissent pas l'agriculture (1); elles sont nomades et vivent du produit des troupeaux. L'existence d'une propriété individuelle et exclusive sur ces troupeaux est contraire à la solidarité qui doit unir tous les membres de la tribu, tant à raison de leur origine commune que des nécessités de la lutte pour la vie; elle se concilie aussi difficilement avec ces migrations perpétuelles qui confondent dans une masse unique hommes et choses; l'isolement est impossible.

Propriété collective de la tribu considérée comme une famille agrandie composée de groupes élémentaires très-simples, voilà ce qui caractérise cette première période.

L'homogénéité de la tribu primitive ne s'est pas maintenue, et, à l'époque historique, on peut constater l'existence d'un groupe intermédiaire entre la famille simple et la tribu. Ce groupe, qui a donné naissance aux *communautés de village*, c'est la *gens*

(1) C'est ce qui résulte encore de la comparaison des langues : il n'y a de communs que les termes désignant le bœuf, la brebis, le cheval, le troupeau et quelques autres animaux, plus ceux relatifs à la construction des huttes et aux chars. Voyez Mommsen. *Römische Gesch.*, 5^e édit. t. I, p. 15.

à Rome, le *génos* en Grèce (1). On ne saurait assurément dire d'une façon précise sous quelles influences il s'est formé. Il est, en effet, la conséquence même de la grande extension de la tribu, qui ne pouvait conserver sa cohésion que par la création d'éléments secondaires régulièrement constitués. La modification qu'apporta à l'état social de ces peuples la découverte de l'agriculture, antérieure à la séparation des races grecque et latine (2), favorisa d'ailleurs le groupement de parents d'une même famille. Pour la culture facile des terres, il fallut, en effet, les partager entre les diverses familles ; partage tout provisoire sans doute, et parce que l'on risquait d'avantager les uns au détriment des autres, et parce que les migrations n'étaient pas terminées. Si, à ce moment, un père famille vient à mourir, son décès ne saurait avoir pour effet de rompre le partage. Le lot qui lui avait été attribué reste indivis entre ses enfants, et de la sorte il se forme un lien entre les divers membres de la famille ; ce lien qui les unit pour l'exploitation des terres communes les unit encore lorsqu'il s'agit de les défendre contre les incursions des tribus voisines. L'existence très-probable d'un droit d'aînesse contribue d'ailleurs à donner à ce groupe une direction unique, à assurer sa cohésion lorsque dans la suite des générations, il s'est étendu et comprend un certain nombre de familles simples.

(1) L'identité de ces deux termes prouve que la constitution de ces deux groupes est antérieure à la séparation des races latine et grecque.

(2) Mommsen, op. cit., p. 19.

Telle est la constitution de la tribu lorsque , mettant fin à ses migrations, elle s'établit sur le sol. Les terres qu'elle occupe sont sa propriété, mais elle les partage entre les divers groupes secondaires dont elle est la réunion. Ces groupes, qui forment dès lors des communautés de village, ont donc un territoire propre à chacun d'eux, mais commun à toutes les familles qui en font partie. Certaines terres sont d'ailleurs restées indivises, car si le partage est nécessaire pour les terres cultivables, il est défavorable aux pâturages, dont la jouissance appartient, par suite, à l'ensemble des communautés faisant partie d'une même tribu.

La communauté de village constitue un corps fortement organisé ; elle jouit d'une certaine autonomie, s'administre elle-même et forme un des rouages essentiels de l'Etat. Quant aux terres qu'elle occupe, leur destination est diverse. Chacune des familles qui composent la communauté reçoit, à titre héréditaire, une parcelle suffisante pour y bâtir sa maison et l'entourer d'un petit enclos. Les terres arables restent communes, mais on les partage périodiquement entre les familles ; quelques portions sont cependant soustraites à ce partage, soit pour subvenir à des besoins généraux, tels que l'entretien du culte, soit pour établir les familles nouvelles qui se forment. Enfin les pâturages restent indivis, s'il s'en trouve parmi les terres occupées par le village.

Cette période , qui se caractérise par la formation de la communauté de village et l'existence d'une propriété collective de cette communauté, voit déjà

naître un nouvel élément qui signalera la période suivante. Un même lot de terre étant attribué à une famille pour une durée souvent assez longue, son exploitation maintient unis les divers membres de cette famille et resserre les liens de la parenté. Lorsque, cependant, l'époque du partage revient, on attribue à chaque nouveau ménage une portion distincte, et la famille est de nouveau brisée. Mais les partages viennent bientôt à cesser. Ce sont, en effet, toujours les mêmes terres qui sont soumises à la répartition périodique ; ce sont les mêmes lots que l'on tire au sort. Les inconvénients de ce système sont évidents ; l'inégalité est forcée, car les terres n'ont pas toutes la même qualité, si les lots ont la même étendue. Un jour vient où l'on rompt avec la tradition du passé et l'on fait un partage définitif de toutes les terres arables.

Le lot attribué à chaque famille reste dès lors indivis entre ses divers membres. Ceux-ci vivent ensemble, mettent toutes choses en commun et se consacrent à l'exploitation de leur petit bien.

Les générations se succèdent, la famille s'augmente sans que le lien qui en unit les éléments soit brisé. C'est ainsi que se forme ce que le droit hindou appelle une *famille associée dans l'indivision* (1) ; et le lien que crée entre les diverses personnes cette vie en commun que partageaient déjà leurs ancêtres, c'est le lien de l'*agnation*.

A ce moment la tribu, devenue une nation, a perdu

(1) Sumner-Maine : Instit. primit., p. 133.

toute l'homogénéité de son organisation primitive ; elle se compose de communautés de village , de *gentes*, si l'on veut, qui comprennent un certain nombre de communautés de famille, lesquelles renferment des groupes simples réunissant le père, la mère et leurs enfants. Parvenue à ce point de son développement, la tribu, dans son évolution continue, va revenir à la simplicité de sa constitution originale, en dissolvant tour à tour les divers groupes qui la composent.

La communauté de village qui a renoncé à la propriété collective de ses terres, disparaît d'abord sous l'action centralisatrice d'un gouvernement fortement constitué.

La famille associée dans l'indivision survit plus ou moins longtemps. Mais bientôt les inconvénients de cette indivision l'emportent ; l'habitude des partages s'introduit et la vie commune cesse avec la mort du père de famille. Du moins subsiste-t-elle durant son existence : la communauté de biens entre le père et les personnes qu'il a en sa puissance est le dernier vestige de la communauté de la famille associée dans l'indivision, et ce vestige se maintient à Rome de longs siècles durant. Ce n'est que peu à peu, à mesure que la cohésion de la famille va en diminuant malgré le pouvoir théorique que conserve son chef, à mesure que l'unité de la famille va en s'affaiblissant, que la notion de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine, qui en est le corollaire, va aussi se perdant de plus en plus. Les pouvoirs que le père de famille exerçait jadis sur les biens en sa qualité de

chef et de représentant de la famille, il les exerce maintenant en son nom, pour son propre compte ; c'est lui qui désormais est le maître et non sa famille. Non pas, cependant, que l'idée de la copropriété de la famille ait complètement disparu ; elle a laissé des traces profondes et, c'est de nos jours seulement, en même temps que la parenté ne constitue plus entre les membres d'une même famille qu'un lien fragile et trop souvent méconnu, que la propriété, en devenant individuelle et exclusive, est arrivée au terme de son développement.

Peut-être même peut-on saisir les symptômes d'une future série de nouvelles transformations. Déjà l'on regrette que notre législateur français ne se soit pas attaché davantage à l'idée de la conservation des biens dans la famille. D'autre part, la propriété collective est inscrite au programme de bon nombre d'écoles socialistes. Ne peut-on penser qu'à ce double point de vue une transformation s'accomplira ; que l'on accordera plus d'importance au maintien des biens dans la famille et que l'on reconstituera une propriété collective par la généralisation de l'association ? L'histoire de la propriété nous offrira alors une application de cette conception philosophique aux yeux de laquelle les événements se suivent comme dans une espèce de rythme gigantesque, la réaction suivant l'action, le progrès succédant au recul. La propriété, elle aussi, se sera développée dans un certain sens jusqu'au moment où, s'arrêtant dans sa marche, elle évoluera en sens inverse, repassant, sous des formes modifiées, par les phases diverses qu'elle a déjà traversées.

CHAPITRE II

La propriété collective chez divers peuples (1).

Nous avons distingué trois états successifs de la propriété :

1^o Propriété collective de la tribu, plus généralement, de l'Etat ;

2^o Propriété collective de la communauté de village ;

3^o Propriété collective de la famille associée dans l'indivision, dont la dernière forme est le *condominium* entre le père et les personnes en sa puissance.

Reprenons ces divers états.

§ I. — *Propriété collective de la tribu.*

La propriété collective de la tribu a certainement existé chez les Germains. C'est ce qui résulte d'abord

(1) Nous empruntons les éléments de cet aperçu aux études suivantes :

De Laveleye : *De la Propriété.*

Sumner-Maine : *Histoire des Institutions primitives* ; — *L'ancien droit* ; — *Organisation juridique de la famille chez les Slaves du Sud*... in *Revue générale* 1878, p. 269, 561 ; — 1879, p. 232, 441.

Viолет : *Caractère collectif des premières propriétés immobilières* ; in *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, 1872, p. 455.

Demelic : *Le Droit coutumier des Slaves* ... *Revue de législat.*, 1876, p. 253, 582, 690.

Boscheron-Desportes : *Aperçu historique et analytique du droit hindou*. — *Rev. histor. de droit*, t. I. (1855), p. 305.

Crémazy : *Le Droit hindou*. *Rev. de législat.*, 1876, p. 36, 312 — *Revue générale*, 1879, p. 18 et 261.

de la survivance de l'ancienne *marcke* germanique dans certaines parties de l'Allemagne ou de la Hollande. Mais, en outre, cet état de choses a été constaté par deux historiens romains, César et Tacite, qui en ont été les contemporains. A l'époque de César, les peuplades germaines occupent de vastes territoires dont elles ne mettent en culture qu'une partie, laissant les autres en jachères (1). Pour l'exploitation de la partie cultivée, la terre est divisée en lots et chaque famille reçoit un de ces lots. César nous le dit expressément (2).

« *Agriculturæ non student; majorque pars victus eorum in lacte, caseo, carne consistit: neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios: sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui una coierunt, quantum, et quo loco visum est, agri attribuunt, atque anno post alio transire cogunt* ». De même en ce qui concerne les Suèves: « *Sed privati ac separati agri apud eos nihil est: neque longius anno remanere uno in loco, incolendi causa, licet* (3) ». Lorsque, plus tard, Tacite étudie à son tour les mêmes peuples, il constate une situation identique: « *Agri, pro numero cultorum, ab universis in vices occupantur quos mox inter se, secundum dignationem, partiuntur: facilitatem partiendi camporum spatia præ-*

(1) De là les vastes solitudes dont ces tribus aiment à être entourées, au dire de César, qui donne d'ailleurs un motif différent. De Bello gall. IV, 3.

(2) De Bello gall., VI, 22.

(3) De Bello gall., IV, 1.

tant. Arva per annos mutant, et superest ager (1) ».

Comment se faisait ce partage ? C'est ce que ne disent ni César ni Tacite. Il semble cependant certain que le procédé employé était le tirage au sort. La langue allemande fournit à cet égard un argument décisif : la part affectée à chaque copartageant s'appelle en effet, *loosgut*, dont le sens est : bien tiré au sort. La façon dont les lois barbares traduisent ce terme confirme notre manière de voir. Elles se servent de l'expression *sors* : *sors* et terre sont pris comme synonymes par la loi des Burgondes.

Ce que César et Tacite nous rapportent des tribus germaniques, nous est raconté par Diodore de Sicile au sujet de la tribu celtibérienne des Vaccéens (2). Là aussi les terres, et même les moissons, étaient partagées annuellement.

Le même historien affirme que chez les Rhodiens et Cnidiens qui peuplèrent les îles Lipari, les terres étaient communes au début. Plus tard on fit des partages pour une période de vingt ans à l'expiration de laquelle les terres étaient de nouveau tirées au sort (3).

Enfin le droit breton de l'ancienne Irlande admet aussi la propriété de la tribu sur les terres occupées, et le partage de ces terres entre les familles qui composent la tribu.

(1) Germanie, 26. Voy. aussi le § 16.

(2) Diod., V, 34.

(3) Diod., V, 9.

§ II. — *Les communautés de village.*

C'est la Russie qui nous fournit l'exemple le plus saillant de communautés de village, dans l'organisation de ses *mir*s. Le *mir* est la commune russe composée de membres descendant, réellement ou fictivement, d'un ancêtre commun ; c'est en quelque sorte une grande famille. Exception faite du domaine de la couronne ou des seigneurs, la commune est propriétaire des terres arables ; avant l'émancipation des serfs elle avait, de plus, l'usage commun des forêts et des pâturages. Pour l'exploitation, les terres sont réparties, par voie de tirage au sort, entre tous les habitants mâles et majeurs. Les partages se succèdent à des intervalles qui varient entre 6 et 15 ans, mais sont, en général, de 9 ans : le paysan les voit venir avec appréhension, car il en sent tous les inconvénients. Pour éviter de rendre ces répartitions trop fréquentes on réserve, sur les domaines de la couronne, des terres libres qui fournissent des lots aux nouveaux ménages. Les parcelles attribuées aux diverses familles ne sont pas séparées par des chemins, et, par suite, les enclaves n'ont pas d'issue. De là résulte la nécessité d'adopter un mode uniforme d'exploitation pour un certain ensemble de lots. Au reste, les maisons et les jardins y appartenant sont propriété privée.

Dans l'île de Java, la propriété foncière présente une situation analogue. L'Etat a un domaine éminent, mais le domaine utile est organisé comme en Russie ; les terres cultivées sont partagées entre les diverses

familles qui composent le village, pendant que la jouissance des pâturages et des terres vagues reste commune.

L'on retrouve les communautés de village dans l'Allemagne du moyen-âge. Les familles, généralement parentes entre elles, dont la réunion forme le village, se partagent périodiquement les terres communes. Il n'y a de propriété privée et de droit de succession que pour la maison et l'enclos qui l'entoure ; encore ces biens restent-ils le plus souvent indivis entre les enfants du défunt. Ce partage des terres s'est maintenu jusqu'à une époque assez récente dans certains villages du gouvernement de Trèves. Aujourd'hui même on le retrouve dans l'organisation des *allmenden* suisses.

§ III. — *La famille associée dans l'indivision.*

Les communautés de famille peuvent être étudiées, à l'heure qu'il est, tant chez les Russes que chez les Slaves méridionaux ou les Hindous.

En Russie, l'organisation de la famille est quasi patriarcale. Le chef ou *ancien* a les pouvoirs les plus étendus. Ce n'est pas lui cependant, mais la famille qui est propriétaire. À sa mort l'indivision continue, le pouvoir passant au fils aîné, ou au frère aîné, ou, parfois, à un membre élu par la famille.

Chez les Slaves méridionaux (Serbie, Croatie, Herzégovine, Montenegro, etc.), la communauté de famille comprend depuis 10 ou 15 personnes jusqu'à 70, nombre maximum. C'est la parenté qui est la base

de ces groupements ; cependant des étrangers y peuvent être admis du consentement de tous les communistes. Tout ce qui fait l'objet du travail agricole, champs, prairies, jardins, instruments et bétail, maison et bâtiments servant à l'exploitation, tout cela est soumis à la propriété collective de la famille. A la différence des familles du *mir*, où l'attribution du pouvoir est d'ordinaire soumise à des règles fixes, la communauté Slave est administrée par un chef élu. En tout ce qui concerne les biens communs, le chef a d'ailleurs soin de consulter les membres de la communauté. A côté des biens indivis, ces personnes peuvent avoir des pécules qui sont leur propriété particulière et qui proviennent, par exemple, de leur travail industriel.

Si nous passons à l'Inde, nous devons remarquer que dans l'antiquité déjà, Néarque, un contemporain d'Alexandre, rapportait que dans certaines parties de cette contrée les champs sont cultivés en commun par les familles dont les membres se partagent les fruits et les moissons obtenus de la sorte (1).

Ces familles associées dans l'indivision se sont maintenues jusqu'à ce jour. Dans ces groupes la propriété collective ne s'étend que sur les biens patrimoniaux, c'est-à-dire ceux qui proviennent de successions ou qui ont été acquis au moyen de tels biens ; ils constituent le patrimoine de la famille et sont inaliénables en principe. — La communauté de famille est plus ou moins étendue ; mais il arrive souvent

(1) Apud Strabon : XV, I, 66.

qu'elle se restreint au père et à ses enfants ; dans ce cas les enfants sont considérés comme copropriétaires de leur père, si bien qu'ils peuvent exiger le partage des biens indivis, partage dans lequel le père prend simplement une part un peu plus forte.

Très-semblable à la famille associée dans l'indivision de l'Inde est le *sept* irlandais. Là aussi la part assignée à chaque famille est le patrimoine commun de tous ses membres et ne peut être aliénée que de leur consentement. Comme dans le droit hindou, la propriété collective ne s'applique qu'aux biens patrimoniaux.

Nous arrêtons ici cet aperçu très-rapide. Il serait assurément facile de poursuivre l'énumération et de montrer par des exemples empruntés soit aux anciens Hébreux, soit aux tribus sémitiques de notre Algérie moderne, soit encore aux populations chinoises, que la propriété collective se peut constater, à des phases diverses de son développement, chez la plupart des peuples. Mais une pareille étude ne saurait rentrer dans le cadre de notre travail ; d'ailleurs, les faits que nous avons exposés prouvent assez la généralité de l'existence de la propriété collective. Il en résulte pour nous cette conséquence invincible, que cette institution doit se rencontrer aussi chez les peuples auxquels Rome doit son origine, avec le même point de départ et avec la même succession de modifications identiques. Nous rassemblerons dans le chapitre suivant les preuves directes que l'on peut invoquer à l'appui de cet argument d'analogie.

CHAPITRE III

La propriété collective à Rome.

Nous adopterons dans ce chapitre la marche que nous avons suivie précédemment. Nous nous occuperons d'abord de la propriété collective de la tribu, puis de celle de la *gens* considérée comme une communauté de village, enfin de la famille associée dans l'indivision (famille agnatique), dont la dernière manifestation est la copropriété du père de famille et des personnes en sa puissance et devra être étudiée séparément.

De là les quatre sections suivantes :

SECTION I. — *La propriété publique.*

SECTION II. — *La propriété collective de la gens.*

SECTION III. — *La propriété collective de la famille agnatique.*

SECTION IV. — *La copropriété du père et des personnes en sa puissance.*

SECTION I.

La propriété publique.

La propriété collective de la tribu n'est susceptible de preuves directes qu'en ce qui concerne les terres. On peut invoquer à cet égard trois sortes de considérations : les souvenirs d'un pareil état de choses conservés par les écrivains latins ; la détermination

de l'époque exacte où la propriété privée a commencé, que prétendent établir les historiens de Rome ; enfin le maintien d'une propriété publique sur certaines terres et l'habitude des partages conservés jusque dans les temps historiques.

Reprenons ces divers points.

§ I.

L'on trouve dans les poètes latins de nombreux passages où ils vantent l'époque heureuse, l'âge d'or qui n'avait pas encore vu le partage des terres, la limitation des champs.

Virgile rappelle dans ses Géorgiques, ces temps fortunés (1).

*Ante Jovem nulli subigebant arva coloni ;
Ne signare quidem aut partiri limite campum
Fas erat.*

De même, ces vers de Tibulle (2) :

*Quam bene Saturno vivebant rege priusquam.
Tellus in longas est patefacta vias !
.....
Non domus ulla fores habuit ; non fixus in agris,
Qui regeret certis finibus arva, lapis.*

Et cette remarque de Sénèque, dans une de ses tragédies ;

*Nullus in campo sacer divisit agros arbiter populi
lapis* (1),

(1) Géorg. liv. I, v. 125 à 127.

(2) Tib., liv. I, élég. III, v. 35 et ss.

(3) Sen. : Tr. Octavia. Voyez encore Ovide : Amor. III, eleg. 8, v. 42.

Ce ne sont là, assurément, que des traditions, des souvenirs vagues et presque inconscients; il faut se garder de leur donner une importance qu'ils n'ont pas; mais tout au moins faut-il leur reconnaître la valeur qu'ont toutes les traditions et voir dans ces souvenirs l'indice d'un état antérieur qu'il eût été difficile d'inventer s'il n'avait pas existé (1).

§ II.

Des arguments plus considérables nous sont fournis par les historiens et les écrivains qui se sont occupé des origines de Rome ou de ses institutions. Tous s'accordent à reporter à l'un des premiers rois l'honneur d'avoir partagé les terres et constitué la propriété privée. Pour quelques-uns c'est Romulus qui est l'auteur de cette révolution, pour d'autres c'est Numa.

Festus, Varron, Plinie, tiennent pour Romulus.

Festus (V^o *Centuriatus*) s'exprime ainsi : *Centuriatus ager in ducena jugera definitur quia Romulus centenis civibus ducena jugera tribuit.*

Varron (2), s'occupant de la mesure des terres, dit de même : *Bina jugera quod a Romulo primum divisa viritim, quæ heredem sequerentur, heredium appellarunt.*

Avienus Phœnomena Aratea :
Nullus telluris limes datur. Indice nullo
Culta secabantur; neque jam discretio campum
Metiri in dominos monstraverat.....

(1) Cp. Puchta : *Cursus der Instit.*, 6^e édit., t. I, § 40.

(2) *De re rust.*; I, 10.

Enfin Pline, rappelant le temps où régnait Romulus, ajoute ces mots : *Bina tunc jugera populo romano satis erant, nullique majorem modum attribuit* (1).

Tout au contraire Plutarque (2), Denys d'Halicarnasse (3) et Cicéron nous parlent de Numa (4).

Plutarque affirme que Numa partagea tout l'*ager publicus* entre les citoyens pauvres et qu'il introduisit la limitation des champs. Cicéron ne vise que le partage des terres conquises par Romulus ; Numa les distribua *viritim*. Denys d'Halicarnasse rapporte aussi que ce roi ordonna à tous les citoyens de limiter leurs terres en établissant des bornes. Le même historien nous parle d'un partage de terres fait par Romulus entre les trente curies, et cela par voie de tirage au sort (5).

Que conclure de tout ceci ? Une chose nous paraît résulter d'une façon certaine de ces textes : c'est que la propriété privée est résultée d'un partage fait par tirage au sort (6). Entre qui ce partage s'est-il fait ? c'est ce qu'on ne saurait déterminer exactement, mais nous croyons que le territoire conquis par les tribus latines fut divisé en *pagi* attribués aux *gentes* ; plus tard un nouveau partage répartit entre les divers membres de chaque gens les terres qui formaient auparavant la propriété collective de cette gens. Cette succession semble marquée par Denys d'Halicarnasse :

(1) Hist. nat., XVIII, 2.

(2) Numa, 16.

(3) Antiq. rom., II, 74.

(4) De Rep., II, 14.

(5) Denys, II, 7.

(6) Le souvenir de pareils partages, fait à la suite de conquête, nous a été conservé pour certaines îles grecques par Diodore de Sicile (V, 15, 81, 83, 84). Là aussi on a procédé au tirage au sort.

Romulus partage les terres entre les curies (à notre avis, entre les gentes) ; Numa les distribue *viritim* (1).

§ III.

Si l'on réfléchit que chez les Romains la tradition est, en principe, l'unique règle, on doit admettre que les institutions du passé ne se sont pas évanouies sans laisser de traces, que les procédés qui avaient servi en de certaines circonstances ont dû servir lorsque ces circonstances se représentaient. S'il a existé jadis une propriété publique, cette propriété n'a pas disparu d'un coup ; elle s'est maintenue en partie et s'est reproduite dans la suite. Si les premiers partages se sont faits par tirage au sort et par lots de deux *jugera*, c'est le même tirage au sort, la même contenance des lots qui ont été la règle dans les partages postérieurs. Et, de fait, nous pouvons vérifier la justesse de ces conclusions et confirmer par là l'exactitude de notre point de départ. L'existence d'un *ager publicus* à l'époque historique est, en effet, indéniable : toutes les terres conquises par les armées romaines devenaient propriété publique ; cette propriété était maintenue, pour certaines d'entre elles, même après la conquête (2). C'était le cas des *pascua* dont l'Etat ne cédait que la jouissance, moyennant une redevance (vectigal ou scriptura) (3). D'autres portions de l'*ager publicus*, au contraire, étaient partagées

(1) Cp. Giraud : Recherches sur le droit de propriété, p. 58.

(2) Denys d'Halic., V, 40. Le territoire accordé à la gens Claudia est pris sur l'*ager publicus*.

(3) Lange : Roemische Alterthümer, 3^e édit., t. I, p. 158. Macé : Des lois agraires ; p. 63 et ss.

entre les citoyens ou les colons. Dans ce cas, les textes s'accordent pour nous dire qu'au début, tout au moins, les lots avaient une contenance de deux *jugera* et qu'ils étaient tirés au sort (1). *Cum antiqui Romanorum*, dit Siculus Flaccus, *agrum ex hoste captum victori populo per bina jugera partiti sunt, centenis hominibus ducentena jugera dederunt et ex hoc facto centuria juste appellata est* (2).

SECTION II.

La propriété collective de la gens.

Nous nous proposons d'indiquer ici les considérations qui peuvent amener à regarder la *gens* comme une communauté de village (3). On peut faire ce rapprochement à trois points de vue différents : en montrant, d'abord, quelle est la constitution intérieure de la *gens* ; en faisant voir, ensuite, que chaque *gens* occupe un territoire distinct ; enfin, en rapportant les rares témoignages qui permettent de penser que ce territoire était l'objet de la propriété collective de la *gens*.

§ I.

C'est une question vivement controversée que celle de savoir si la *gens* est une famille agrandie, ou si elle n'est qu'une division politique (4). Il est incon-

(1) Hygin. : De condic. agror. p. 116 ; de limit., p. 113 ; de limit. const., p. 199 ; Lefort : Contrats de location perpétuelle, p. 11.

(2) Sic. Flacc. : p. 153. Voy. Frontin, de controuv., p. 15, 48. Aggenus Urbicus, p. 18.

(3) Sumner-Maine : Ancien droit, p. 249

(4) Niebuhr : Hist. rom. (trad. de Golbéry), II, p. 1.

Mommsen : Hist. rom. (trad. Alexandre), I, p. 84.

testable que parmi les personnes dites *gentiles*, il s'en trouve qui ne sont pas parentes ; mais nous croyons que dans son origine, comme dans ses éléments essentiels, la *gens* est fondée sur la parenté. Nous donnerons brièvement les raisons principales qui nous déterminent.

Tout d'abord l'étymologie même du mot *gens* (*gigno*) indique que le groupe qu'il désigne repose sur des relations créées par la naissance, et l'origine commune des gentiles est mise en relief par l'emploi que les écrivains latins font indifféremment des mots *gentis* et *gens* (1). Les explications que nous donnent les anciens auteurs viennent confirmer cette manière de voir. Suivant Festus : *Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus, et is qui simili nomine appellatur* (2). Cicéron définit les *gentiles* en ces termes (3) : *Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum majorum nemo servitutem servivit.*

Lange : Römische Alterth, I, § 40.

Marquardt : Röm. Staatsverwaltung, III, p. 126.

Giraud : Des gentiles. Rev. de législ., 1846, p. 385 ; — 1847, p. 242.

Troplong : Observations sur la gentilité ; Rev. de législ., 1847, p. 5.

Willems : Droit public (4^e édit.), p. 36.

Walter : Römische Rechtsgesch (3^e édit.), I, § 14.

Fustel de Coulanges : La Cité antique, p. 119.

Zimmern : Geschichte des römischen Privatrechts (1826), II, p. 847.

Ortolan : Explic. "hist. des Institutes (sept. édit.), I, p. 26 — Revue Wolowski, XI, p. 257.

(1) Tit. Liv. I, 7 — II, 45, 46.

(2) Festus. V^o Gentilis.

(3) Topic. VI, 29.

Abest etiam nunc. Qui capite non sunt diminuti. Ce dernier trait est décisif : si la *capitis diminutio* fait perdre la qualité de *gentilis*, c'est donc que tous les *gentiles* font partie de la même famille (1).

Ajoutons enfin que les droits de famille attachés au titre de *gentilis*, soit par rapport à la tutelle et à la curatelle, soit quant aux successions, indiquent bien la nature de la *gens*.

La *gens* jouit, comme le mir russe, d'une certaine autonomie. Elle peut prendre des décisions obligatoires pour tous ses membres. C'est ainsi que la *gens Fabia* interdit le célibat à ses *gentiles* (2) ; la *gens Manlia* défend aux siens de prendre le prénom de Marcus (3), et la *gens Claudia* prend la même mesure quand au prénom de Lucius qu'avaient porté deux de ses membres convaincus, l'un de vol, l'autre d'assassinat (4). L'existence d'usages particuliers à certaines *gentes* nous est d'ailleurs attestée par Cicéron (5), et il est bien connu que chacune d'elles avait son culte propre (5).

Chaque *gens*, enfin, est soumise à l'autorité d'un chef, désigné par certains auteurs sous le nom de

(1) Voy. aussi le passage bien connu de Varron (de ling. lat. VIII, 2, ed. Spengel). Ut in hominibus quædam sunt cognationes et gentilitates, sic in verbis; ut enim ab Æmilio homines orti Æmilii, ac gentiles : sic ab Æmilii nomine declinatæ voces in gentilitate nominali.

(2) Denys, IX, 22.

(3) Tit. Liv., VI, 20.

(4) Suet., tib. 1.

(5) De legib., II, 22.

(6) Festus : V^o Propudi; — Tite-Live, I, 7. — Denys, XI, 14.

princeps gentis (1) et dont le pouvoir a un triple caractère, civil, politique et religieux.

§ II.

Le Latium très-ancien était divisé en un certain nombre de cantons nommés *pagi*, formant des territoires distincts les uns des autres. Les habitants de chaque *pagus* avaient leurs demeures dispersées dans les champs ; mais, vers le centre du canton, se trouvait un endroit fortifié, portant lui-même le nom de *pagus* (2), abritant les divinités protectrices des environs, et servant de refuge aux habitants et à leurs troupeaux en cas d'incursions hostiles. Ce sont ces endroits fortifiés qui formèrent le noyau des cités futures. Chaque canton avait d'ailleurs une organisation propre : ses habitants formaient une communauté ayant ses fêtes spéciales, *feriæ paganicæ* ou *paganalia*, qui se maintinrent jusqu'aux derniers temps de la République (3) ; à l'époque de Cicéron encore, les habitants des divers *pagi* forment des collèges religieux distincts (4).

Entre les habitants de plusieurs cantons il existait des confédérations, reste de leur origine commune (5).

(1) Suet., Tib. 1 : *Atta Claudius princeps gentis*. — Macrobe : Sat., I, 6, *princeps Cornelie gentis*. — Denys, II, 7 — IX, 15.

Fustel de Coul., p. 115.

(2) Denys, IV, 15.

(3) Varron : De ling. lat., VI, 3.

(4) Cic. : De pet. cons. 8 — pro domo, 28.

(5) Ces habitants se distinguaient en *montani* et *pagani*. Les *montani* formaient la confédération du septimontium d'où est peut-être sortie Rome. L'existence de cette confédération est prouvée par les fêtes spéciales aux *pagi* qui en font partie. Festus : V^{is} Septimontium, Septimontio.

Le *pagus* n'est en effet rien autre chose que le territoire occupé par chaque *gens* et formant son-domaine propre. Cela résulte de ce fait que d'une part les tribus romaines, dans la constitution postérieure, prirent très-généralement le nom d'une *gens*, et que d'autre part, on assure aussi qu'elles tiraient leur nom d'un *pagus* considérable compris dans leur circonscription (1). On peut donc penser que chaque *pagus* portait le nom d'une *gens*, et cela évidemment parce qu'il lui était spécialement attribué (2).

§ III.

Nous venons de constater que chaque *gens* occupe un territoire distinct. Ajoutons maintenant que ces terres sont sa propriété collective. — C'est ce que l'on peut d'abord conclure du récit que font Tite-Live et Denys d'Halicarnasse de l'arrivée à Rome de la *gens* Claudia (3). Il fallut pourvoir de terre les nouveaux venus ; or, chose remarquable, ce n'est pas le sénat qui attribua un lot à chaque famille, mais il désigna un terrain à la *gens* entière, s'en remettant à son princeps, Attus Clausus, pour faire la répartition. L'existence de ces terres communes à la *gens* et que son chef pouvait partager, sans détruire toutefois son domaine éminent, nous est attestée par Festus, lors-

(1) Festus V^o Lemonia. Lemonia tribus a pago Lemonio appellata est, qui est a porta Capena via Latina. Lange. I, p. 512. Tite-Live. II., 16. Denys, V, 40.

(2) Marquardt : R. Staatsverw. I, p. 1 à 13 ; III, p. 192. Lange I, p. 86.

(3) Tite-Live : II, 16. Denys, V, 40.

qu'il nous parle des chefs des gentes qui composèrent le sénat de Romulus : *Patres appellantur, ex quibus senatus primum compositus, nam initio urbis conditae Romulus centum viros elegit præstantissimos, quorum consilio atque prudentia res publica administraretur ; atque ii patres dicti sunt, quia agrorum partes adtribuerant tenuioribus, perinde ac liberis* (1).

Enfin la communauté primitive s'est maintenue fort tard, en ce qui concerne les tombeaux, les *sepulcra gentilitia*, où se faisaient enterrer les membres d'une même gens (2).

Un autre ordre de considérations nous amènera à la même conclusion. Nous avons rapporté plus haut les textes assez nombreux qui affirment que Romulus attribua à chaque citoyen deux *jugera*. Ce qu'on peut conclure de ces textes, c'est simplement que la propriété privée n'avait pas dans les temps les plus reculés, une étendue supérieure : ces deux *jugera* constituaient l'*heredium*, la terre dont le citoyen était *herus*, la seule au sujet de laquelle il put être question d'un *heres* (3). L'origine commune de ces trois termes prouve la liaison étroite qui existe entre l'*heredium* d'une part, la propriété absolue et l'hérédité d'autre part, et que Varron indique en termes exprès : *Bina jugera quod a Romulo primum divisa viritim, quæ heredem sequerentur, heredium appellarunt* (4).

(1) Festus. V^o Patres.

(2) Cic. : De off. I, 17, 55. de legib. II, 22, 55. Becker et Marq. Römische Altert. II, p. 365.

(3) Festus : V^o *Heres* Heres. apud Antiquos pro domino ponebatur V^o *Heredium* : Heredium, prædium parvulum.

(4) Varr. de re rustica., I, 10.

Mais cet heredium si restreint ne pouvait suffire à nourrir une famille (1). Il fallait donc de toute nécessité que la gens eut d'autres terres, soustraites à la propriété privée, mais réparties périodiquement entre les diverses familles qui la composent.

Ces partages finirent par cesser et un dernier tirage au sort fit des terres communes la propriété privée des familles (2). Les lots de deux *jugera* se sont donc accru; et, en effet, les historiens nous parlent, bientôt après Romulus, de lots de sept *jugera* ou davantage (3). La langue nous indique, au reste, que c'est un tirage au sort qui constitua un patrimoine à chaque famille. *Sors patrimonium significat*, dit Festus (4), qui confirme ainsi ce que nous venons de dire.

Nous arrivons ainsi à la formation de la communauté de famille. La gens, elle, se dissout peu à peu. Ce groupe reposait, il est vrai, sur une communauté d'origine, il était une famille; mais il était aussi un des éléments politiques de l'Etat ancien. Corps étroit et fermé par son essence même, il ne pouvait se plier à ces accroissements que nécessitait l'extension même de Rome; trop de citoyens, que ses cadres rigides ne pouvaient embrasser, se trouvaient exclus de toute participation au gouvernement. Aussi les coups que

(1) C'est ce qu'a très bien montré Mommsen. Hist. rom. (trad. Alex.), I, p. 252, et la note.

(2) Les pâturages qui n'étaient pas soumis au partage, échappèrent évidemment à cette appropriation.

(3) Colum. Præf.-Valere Max., IV, 6, 7. Pline : Hist. nat., XVIII, 4. M. Mommsen pense qu'au moment de la réforme servienne la ville contenait environ 8,000 propriétaires de 8 *jugera*. (I, p. 129.)

(4) Festus : V^o Sors. De même en grec *Klèros* signifie tout à la fois héritage et tirage au sort. — Varron : De ling. lat., V, 36. Sors quod suum fit sorte.

les plébéiens dirigeaient contre la constitution aristocratique de la cité atteignirent-ils surtout la *gens* qui en formait l'élément essentiel (1). La réforme de Servius Tullius eut pour résultat de mettre fin à son rôle politique. Les conquêtes, d'autre part, en dispersant par toute l'Italie les descendants des premiers Romains, lui enlevèrent son ancienne cohésion. Dès lors elle disparaît, et, au temps de Cicéron, elle n'est plus guère qu'un souvenir.

SECTION III.

La propriété collective de la famille agnatique.

Le partage définitif, en distribuant toutes les terres cultivables entre les membres de la *gens*, rend générale la formation de communautés de famille. Lorsque les fils se marient, ils continuent à vivre auprès de leur père, sur la terre commune, puisqu'ils ne peuvent plus espérer recevoir un lot spécial lors d'un renouvellement périodique qui a disparu. Cette communauté et cette indivision se maintiennent, par la force même des choses, entre les petits-fils, et de la sorte il se forme, entre les descendants par les mâles d'un ancêtre commun, un lien nouveau qui est l'agnation; par les mâles, disons-nous, car les femmes, en prenant un époux, quittent la communauté de leur père pour entrer dans celles de leurs maris; il n'existe donc plus entre elles et leurs anciens communistes le lien que créait cette communauté.

(1) Fustel de Coui., ch. VII.

On est de la sorte amené à rattacher l'origine de toutes les relations pécuniaires qui existent entre les agnats, tutelle, curatelle, succession, à la qualité de membre d'une même communauté qu'ont ces agnats ; une qualité qui subsiste alors même que la communauté s'est dissoute par une raison quelconque, car, si l'indivision a disparu, les agnats n'en conservent pas moins une espèce de domaine éminent sur les biens qui en étaient l'objet. Que si tous ces droits, quant aux biens, disparaissent avec la *capitis diminutio*, c'est que celle-ci résulte de la sortie réelle de la communauté de famille, et qu'on n'a de droits qu'à titre de membre de cette communauté.

L'exactitude de cette façon d'envisager l'agnation ne peut évidemment se démontrer directement. Mais ce que l'on peut prouver, c'est la fréquence de l'indivision et de la communauté d'existence entre les parents. Cette preuve se peut tirer de deux ordres de considérations. D'une part, outre des arguments particuliers, l'on doit invoquer la mention fréquente que font les textes de frères ou de parents plus éloignés vivant dans l'indivision. D'autre part, il semble que le contrat de société ait précisément tiré son origine de la communauté entre parents (1).

§ I.

L'étude de la langue d'un peuple fournit toujours des indications précieuses sur la civilisation de ce

(1) Voyez sur ces deux points un très remarquable article de M. Poinsel : Recherches sur les Sociétés universelles chez les Romains. Nouv. Rev. hist., t. III (1879). p. 431.

peuple. Nous avons déjà eu l'occasion d'invoquer le sens particulier de certains mots. Ici encore nous ferons une observation analogue. On appelle *consortes* les personnes qui participent à la jouissance d'un même bien (1), *consortium* désignant cette communauté même. Or c'est une remarque souvent faite que le mot de *consortes* désigne non-seulement les frères et sœurs, cas le plus fréquent, mais parfois encore des parents plus éloignés (2). Cet emploi du mot *consors* prouve que c'est dans l'indivision entre parents que le *consortium* trouvait sa principale application ; Aulu-Gelle nous dit même que son ancien nom était *ercto non cito* : ... Et coibatur societas inseparabilis, tanquam illud fuerit antiquum consortium, quod jure atque verbo romano appellabatur *ercto non cito*. (I, 9).

Au reste les textes sont nombreux qui prévoient le cas de communauté entre parents. Ulpien rapporte le passage suivant de Papinien (3) : *Papinianus quoque libro tertio Responsorum ait : si fratres parentum indivisas hereditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent, quod aliunde quæsierint, in commune non redigetur*. Il s'agit ici d'une véritable communauté de famille, d'une *société taisible* comme celles que connut la France du Moyen-Age. Citons encore l'exemple sui-

(1) Varr. de ling. lat. VI, 7 : *Consortes ad quos eadem sors*. — Festus, V^o Sors : *Sors et patrimonium significat, unde consortes dicimus*.

(2) Tibulle, II, 5, 24. — Ovide, Met. XI, 347. Lucrèce, III, 772.

(3) 52, 6 D. 17, 2 — Voy. aussi 52, 8 D. id. — 27, pr., D. 3, 5. — 47, 6, D. 26, 7.-89, 1, D. de leg. 2^o, 31.

vant rapporté par Valère-Maxime (1) : *Quid Ælia familia quam locuples ! sexdecim eodem tempore Ælii fuerunt, quibus una domuncula erat eodem loci, quo nunc sunt Mariana monumenta ; et unus in Agro Veiente fundus.*

On peut se demander s'il n'y eut pas un temps où le partage fut même impossible. A l'époque classique encore, le terrain où se trouve le tombeau de la famille échappe à l'action en partage (2) ; il est permis de voir là une trace de l'ancien état de choses. D'ailleurs l'action *familiae erciscundae* existait-elle à l'époque de la loi des Douze Tables ? C'est un point qui nous laisse des doutes. Des deux textes que l'on a invoqués dans le sens de l'affirmative (3), l'un nous paraît tout au moins équivoque et l'autre n'a point trait à la question. Voici les termes dont se sert Gaius dans le premier de ces textes (4) : *Hæc actio profiscitur e lege duodecim tabularum ; namque coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariæ distribuerentur.* Gaius paraît bien dire non pas que l'action existait à l'époque de la loi des Douze Tables, mais qu'elle a été introduite comme une conséquence de cette loi. — Le second texte ne s'explique en aucune façon sur l'époque à laquelle remonte l'action ; il est d'Ulpien (5) : *Per*

(1) Val.-Max., IV, 4, 8. — Voy. encore : Vell. Paterc. I, 10. Cic : in Ver. II, 3, 23 ; de off. I, 17. — Tite-Live, XLI, 27. — Plut. Paul Emile, V. — Pline le Jeune : Epit. VIII, 18, 4.

(2) 30 D. 10, 2.

(3) Accarias : Précis de droit romain 3^e édit., II, p. 1032.

(4) 1, pr. D. 10, 2.

(5) 2, pr. D. 10, 2.

familiae circiscundae actionem dividitur hereditas, sive ex testamento, sive ab intestato, sive ex lege duodecim tabularum, sive ex aliqua lege deferatur hereditas, vel ex senatusconsulto, vel etiam constitutione.

Ajoutons enfin à ces divers arguments, que la constitution de Servius Tillius a dû favoriser le maintien de l'indivision. Il est, en effet, très-probable que l'on classait les divers membres de la famille d'après la valeur du patrimoine indivis. C'est ce que les textes nous indiquent quant au père et au fils (1). Demander le partage c'était donc s'exposer à déchoir de son rang.

§ II.

Le rapprochement entre la société et la communauté de famille est fait par certains textes. Cicéron le signale à divers endroits : *Prima societas in ipso conjugio est; proxima in liberis; deinde una domus, communia omnia* (2); — et ailleurs : *Simillima et maxime genuina societas hereditatis est* (3).

Ulpien dit expressément; *Quum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat* (4).

Envisageant maintenant le contrat de société en lui-même, il est difficile de ne pas rapporter aux principes qui fixaient l'organisation des communautés de famille, l'origine des règles, qui veulent que la simple formation de la société entraîne, par le seul effet du

(1) Festus, V^o Duicensus. — Denys, IX, 36. — Tite-Live, XXIV, — II. XLIII, 14.

(2) De off., I, 17.

(3) Pro Roscio Comædo, 18, 55.

(4) 63, pr. D. 17, 2. — Acc. Precis : II, p. 507.

consentement, le transfert de la propriété de tous les biens mis en commun (1); qui requièrent dans ce contrat une bonne foi dépassant la mesure ordinaire (2); qui se refusent à admettre qu'une société puisse être contractée, sous l'empire d'un dol (3), ou sous condition (4); qui dissolvent la société en cas de *capitis diminutio* (quelconque à l'époque de Gaius, *media* ou *maxima* seulement, plus tard) (5).

Bien qu'à l'époque classique on puisse encore constater fréquemment l'existence de communautés de famille, néanmoins le partage était déjà devenu la règle. Diverses causes avaient contribué à ce résultat. D'abord les inconvénients de l'indivision finissent par se faire vivement sentir lorsque la possession de pécules considérables résultant de l'accroissement des fortunes mobilières ne maintient plus les parents attachés au même fonds de terre. Puis, les conquêtes ont augmenté l'étendue des terres pouvant être assignées aux particuliers.

Enfin, la création de colonies nombreuses, comme aussi les expéditions militaires lointaines ont démembré les communautés de famille qui, des lors, se réduisent à leur plus simple expression et ne comprennent plus que le père et les personnes en sa puissance.

Nous allons constater dans la section suivante la trace profonde que ce groupe restreint a conservée de l'ancienne institution.

(1) 11, 1 D. 17, 2.

(2) 3, C. 4, 37.

(3) 16, 1, D. 4, 4 — 3, 3, D. 17, 2.

(4) 6, C., 4, 37.

(5) Gaius, III, 153. — 63, 10 D. 17, 2. — 65, 11 D. id.

SECTION IV.

La copropriété de la famille.

C'est une théorie assez généralement répandue, que celle qui voit dans la puissance paternelle du droit romain une institution arbitraire, produit du génie sévère des Romains, organisée dans le seul intérêt du père de famille. On oublie que l'on ne saurait apprécier une institution d'après l'étude qu'on en a faite à un moment déterminé de son développement, sans éclaircir par l'examen de son origine et de son histoire, ce qu'elle présente de singulier au premier abord. En notre matière, spécialement, cette étude a une importance considérable.

Nous avons montré comment le groupe des parents, copropriétaires des biens patrimoniaux était allé se restreignant de la gens à la famille associée dans l'indivision, puis à la famille étroite composée du seul père de famille, de sa femme et de ses descendants.

Laissons la gens qui nous ferait remonter trop haut ; les deux autres groupes impliquent nécessairement un chef qui administre les biens de la famille et en dispose sous le contrôle de ses membres. Ce pouvoir du chef de la famille doit être fortement constitué ; il est indispensable à l'existence de semblables communautés. Il appartient d'ailleurs au chef non en vertu d'un droit propre, mais en sa qualité de représentant de la famille. Ce même pouvoir sera d'autant plus largement établi que la nature et les liens du sang auront rendu plus étroite la subordination des membres

du groupe à son chef ; il sera plus considérable dans la famille étroite que dans la communauté de famille, comme on peut le constater, aujourd'hui encore, dans le droit hindou tel que l'appliquent les tribunaux de nos colonies (1).

A Rome, le chef de la famille agnatique agissait sous le contrôle des membres de cette famille. Ce contrôle nous est attesté, en ce qui concerne les droits sur les personnes, par l'existence du tribunal domestique ; il a existé aussi en ce qui concerne les biens ainsi que nous le verrons à propos des formes de la mancipation, qui en ont conservé les derniers vestiges.

Lorsque la famille s'est réduite, c'est encore à raison de sa qualité de représentant de cette famille que le père a des droits étendus. Ce n'est pas dans son intérêt, mais dans l'intérêt de la famille qu'ils ont été établis ; il agit en vertu du droit qu'a la famille dont il est la personnification. Sans doute, ce pouvoir paraît absolu ; mais c'est que le droit de la famille est lui-même absolu et supérieur à celui de chacun de ses membres. D'ailleurs le contrôle, qui se conçoit de la part d'égaux, est difficile à admettre de la part d'enfants, si l'on considère surtout que pendant toute leur minorité leur intervention a été impossible.

Nous avons essayé de caractériser dans les lignes qui précèdent la puissance paternelle ; nous avons cherché à faire voir qu'il est inexact de parler de l'exorbitant pouvoir du père de famille, et que c'est en réalité des droits de la famille représentée par son

(1) Cremazy : Le droit hindou. Rev. gén. 1879, p. 18.

chef, droits qui sont la conséquence même de son organisation, qu'il doit être question. C'est ce dernier point qui nous doit maintenant arrêter ; nous voulons montrer, en examinant la famille réduite, comment il est vrai de dire que les enfants de famille et la femme *in manu*, participent aux droits que le père exerce, et comment, à raison de la communauté qui existe entre eux, leur capacité juridique se trouve soumise à des conditions toutes particulières.

§ I.

Etablissons d'abord la participation des personnes en puissance aux droits sur les biens. Elle résulte des textes mêmes, soit qu'on ne considère que les enfants de famille, soit qu'on examine la situation de la femme *in manu* (1).

Les jurisconsultes, visant l'ensemble des *sui heredes*, s'expriment de la façon la plus formelle sur leur droit de copropriété. Voici ce que dit Gaius dans un passage reproduit aux Institutes : *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur* (2). Paul est encore plus formel : *In*

(1) Nous nous référons toujours au mariage avec *manus*, car, à l'origine, c'était le seul admis ; c'est donc lui surtout qui porte la marque des institutions primitives, — Voyez sur la copropriété familiale. en sens contraire, Mandry : *Das gemeine Familien güterrecht*. — Maynz (3^e édit.), § 443 et 493, qui considère notre opinion comme une hérésie historique. En sa faveur, Cujas : *Comment. ad. tit. Dig. pro hered.* (éd. Fabrot), t. I. Op. prior. col 1171. — Giraud : *des succ. en droit rom.* Journal des savants, 1878, p. 689.

(2) Gaius., II, 157. — 2, I, II, 19.

sui heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur ; hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat (1).

Plaute met les mots suivants dans la bouche d'un fils qui parle à son père : *Nam quod tuum est meum est ; omne meum est autem tuum* (2). Bien souvent chez le même poète, le fils est qualifié de *herus*, de souverain maître, comme le père lui-même : *Herus major... minor hic est intus*, dit un esclave (3).

Si nous examinons maintenant ce que les anciens nous disent de la situation de la femme, nous constaterons qu'elle aussi participe à tous les biens de la famille ; elle jouit, à cet égard, des droits d'une fille ; elle est *filiae loco* (4), et de la condition de l'une on peut conclure à la condition de l'autre. Elle aussi est

(1) II, D. 28, 2.

(2) *Trinumus* II, 308.

(3) *Asin.* II, 2, 63. Voy. encore : *Capt.* III, 5, 49 : *Herum servavi... cui me custodem addiderat herus major meus.* — *Capt. Prolog.* 18 ; *domo quem profugiens dominum abstulerat, vendidit.* — *Ihering.* *Esprit du droit rom.*, II, p. 207.

Remarquez aussi le double sens du mot *familia*, qui signifie à la fois, la famille et le patrimoine, tant ces deux idées sont étroitement liées. — *Acc. Précis.* I., p. 161.

(4) *Gaius* : I, 111... *in familiam viri transibat, filiaeque locum optinebat.* — § 114. *Quæ enim cum marito suo facit cœmptionem, apud eum filiae loco sit...* — § 115 a ; *nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae jura nancisci.*

qualifié de *hera* (1); elle est propriétaire avec son mari, et c'est en ce sens que Plutarque interprète ces paroles solennelles qu'elle prononce dans la *confarreatio* ; *Ubi tu Caius, ego Caia*. Denys d'Halicarnasse rapporte que les lois royales qualifiaient la femme de : participante aux biens terrestres comme aux *sacra* (2). Ces droits de la femme étaient si bien entrés dans les mœurs qu'il semble qu'ils aient survécu à la disparition du mariage avec *manus*. Modestin définit encore les justes noces : *consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* (3). — Enfin, le jurisconsulte Paul rapporte l'avis de Nerva et Cassio qui pensaient que la femme ne pouvait commettre de vol à l'égard de son mari, *quia societas vitæ quodammodo dominam eam faceret* (4).

Qu'il s'agisse donc de la femme ou des enfants, l'idée qui domine est celle de la copropriété familiale, idée si puissante qu'elle motive encore les mesures par lesquelles les empereurs romains soustraient à l'effet de la confiscation une partie des biens, en faveur des enfants : *Quum ratio naturalis*, dit Paul, *quasi lex quædam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando* (5).

(1) Plaute : *Casina*. prol. 44.

(2) Denys, II., 25, 27. — Voy. aussi Macrobe (I, 15) : *Nupta in domo viri dominium adipiscitur*. — Fustel de Coul., p. 108.

(3) I D. 23, 2.

(4) I, D. 25, 2. De là la nécessité d'une action spéciale, *actio rerum amotarum*. — Citons encore le passage suivant de Columelle (de re rust. præf.) *Nihil conspiciebatur in domo dividiuum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse juris sui diceret*. Voyez aussi I, 15 D. 29, 5.

(5) 7, pr. D. 48, 20.

Aujourd'hui même cette idée n'a pas complètement disparu, car c'est elle qui inspire le législateur lorsque, dans l'article 380 du code pénal, il dispose que le vol commis par un enfant à l'égard de ses parents ne donne lieu qu'à des réparations civiles.

§ II.

Les personnes que le père a sous sa puissance ne peuvent, en principe, avoir de biens personnels ; tout ce qu'elles acquièrent, soit par leur travail ou leur industrie, soit par des libéralités provenant de tiers, tout cela devient la propriété du père de famille. Cette situation se conçoit difficilement si l'on en cherche l'unique raison dans la puissance paternelle et les droits du père. On ne s'explique guère pourquoi cette puissance doit durer toute la vie et entraîner pendant tout ce temps l'incapacité d'avoir des biens personnels. Mais tout s'éclaircit si l'on se reporte à l'origine historique de ces principes ; ce n'est plus la qualité de père et la puissance paternelle qu'il faut considérer ; il faut voir dans le *paterfamilias* ce qu'il a été réellement, le chef d'un groupe de parents vivant ensemble durant toute leur existence et mettant toutes choses en commun. Alors on comprend la longue durée de la puissance paternelle ; alors aussi on conçoit l'incapacité des membres de la famille ; ces personnes n'existent pas, en effet, comme individualités juridiques distinctes ; elles font partie intégrante d'un groupe dont le droit supérieur absorbe tous les droits de ceux qui le composent. C'est pour la famille, non pour le père que l'enfant acquiert. Tel est le point

de départ ; c'est à lui qu'il faut se reporter pour comprendre la situation nouvelle où, la communauté ayant disparu, il semble que l'incapacité des enfants de famille existe au profit personnel du *paterfamilias*. En réalité, c'est le principe ancien qui survit à sa cause.

Si donc les personnes en puissance sont incapables d'avoir des biens personnels, ce n'est là qu'une application de cette idée que c'est la famille qui est propriétaire de tous les biens. Cela est si vrai, que lorsqu'on établit des exceptions au principe, lorsque la théorie des pécules se constitua, jamais, même sous Justinien, l'enfant en puissance ne put avoir la propriété individuelle de biens donnés par le père, c'est-à-dire de biens appartenant à la famille. On admit d'abord un droit de disposition sur le pécule castrense sur des choses acquises par la valeur et le travail personnels, au sujet desquelles la famille n'avait jamais eu de droits ; leur acquisition impliquait d'ailleurs une existence séparée, dans des pays peut-être lointains, qui s'opposait à ce qu'il fût question de mise en commun. On étendit au pécule quasi-castrense, d'origine tout analogue, la faveur accordée au pécule castrense. Le droit du fils de famille sur le pécule adventice n'eut pas la même extension ; et quant au pécule profectice, le seul qui devait tomber sous l'application des anciens principes, il resta, en effet, toujours soumis aux règles anciennes.

C'est encore à la copropriété familiale qu'il faut rattacher l'incapacité des personnes en puissance d'aliéner, soit directement, soit en contractant des obliga-

tions. Le sort du patrimoine commun ne peut être à la merci d'un des copropriétaires, et il ne saurait dépendre de leur bon plaisir d'entraver l'administration confiée au chef de la famille. Cette règle, nécessaire lorsque la communauté existe entre les parents, s'est maintenue après sa disparition. Dans le droit romain, comme aujourd'hui encore dans le droit hindou, le principe ne reçoit de dérogation que lorsque les obligations contractées par les personnes en puissance l'ont été par l'ordre du père et pour les besoins ou l'utilité de la famille.

DEUXIÈME PARTIE

Nous avons essayé de montrer, dans les chapitres qui précèdent, la forme particulière que revêt à Rome la propriété, et comment elle n'appartient pas aux individus, mais à des groupes de parents plus ou moins étendus. Nous avons vu, en dernier lieu, que cette notion a été conservée par les jurisconsultes à une époque où la vie en commun n'est plus qu'une exception, où la puissance du père de famille, quant aux biens, apparaît dégagée de toutes entraves ; tant était grande l'influence des institutions passées.

La nature spéciale qu'affecte dans le droit romain la condition des biens, et plus généralement du patrimoine même, a exercé sur les diverses institutions de ce droit une influence profonde. C'est cette influence que nous nous proposons maintenant d'examiner, en ne cherchant d'ailleurs qu'à marquer les points principaux où elle se révèle.

En nous plaçant à ce point de vue nous examinerons successivement, dans trois chapitres distincts :

1° Le droit des personnes : constitution de la famille ; tutelle ; curatelle.

2° Le droit des choses : condition des biens ; droit des obligations.

3° La transmission du patrimoine, par voie de succession ab intestat ou testamentaire.

De cette revue rapide ressortira nettement une idée fondamentale, dominante : le principe de la conservation des biens dans la famille. C'est parce que la famille est propriétaire que les modifications apportées à sa constitution, les actes de disposition de ses biens, la dévolution du patrimoine sont soumis à des règles particulières, qui toutes s'inspirent du droit des parents, le protègent et le réalisent.

CHAPITRE PREMIER.

Le droit des personnes

SECTION I. — *Constitution de la famille.*

SECTION II. — *Tutelle et curatelle.*

SECTION I.

Constitution de la famille.

La qualité de membre d'une communauté de famille entraîne la participation à tous les droits pécuniaires de cette communauté. Acquérir cette qualité, ou la perdre, sont donc des actes qui intéressent l'ensemble des communistes, puisqu'ils ont des conséquences relatives à leurs biens ; aussi sont-ils soumis à des formalités particulières que nous allons constater tant dans le mariage que dans l'adoption et l'émancipation.

§ I. *Mariage* (1).

Le mariage fait sortir la femme de sa communauté ; il la fait entrer dans celle de son mari ; enfin , si elle est la seule survivante des membres de sa propre famille, le patrimoine de cette famille passera aux mains du mari. A ce triple point de vue, des garanties sont nécessaires.

A une époque très reculée le mariage consistait en un achat de la femme fait par le mari (2). Cette vente disparaît sous l'influence des idées religieuses ; c'est ainsi que la loi de Manou, tout en reconnaissant comme forme de mariage l'achat de la femme, le combat cependant et recommande aux pères de ne pas recevoir de présents en mariant leur fille.

A Rome nous rencontrons trois manières d'acquérir la manus : l'*usus*, la *coemptio* et la *confarreatio*.

L'*usus*, qui n'est possible que lorsque la femme est *alieni juris* (3), n'est pas une forme ancienne. De plus, comme il ne consiste pas en un acte déterminé, il est impossible d'y constater l'intervention des parents.

La *coemptio* n'est autre chose que la mancipation c'est à dire la vente réelle d'abord, fictive ensuite de la femme ; elle se fait suivant les formes ordinaires, c'est à dire avec l'assistance de témoins dont nous

(1) Nous visons le mariage avec manus ; la raison en a déjà été indiquée.

(2) Kœnigswarter : De l'achat des femmes. Rev. Wolowski, t. 34, p. 145.

(1) Cic. : Pro Flacco, 34.

expliquerons la signification dans notre second chapitre (1).

La *confarreatio* est une forme postérieure à la vente, portant la marque des idées religieuses dont nous parlions plus haut. Elle est spéciale aux patriciens, et c'est ce qui explique le maintien de la *coemptio*. Pour les plébéiens qui n'avaient pas de culte, le progrès a simplement consisté à rendre fictive la vente réelle d'autrefois. La *confarreatio* nécessite la présence de dix témoins (2). Ces dix témoins représentent soit les dix gentes de la curie, soit les dix curies de la tribu, c'est à dire cette tribu même. Nous préférons cette seconde solution (3). La division de chaque curie en décuries qui seraient autant de gentes, bien que mentionnée par Denys d'Halicarnasse, nous paraît très-douteuse, car nul autre auteur n'y fait allusion. Puisque donc, à une époque déjà avancée, la tribu assiste au mariage par ses représentants, on peut penser que jadis elle y assistait en réalité. Nous sommes ainsi reportés à une époque antérieure à la réunion des trois tribus romaines (4). A ce moment la population est encore peu nombreuse ; son intervention est facile, car les mariages ont sans doute lieu à ces *nundinæ* qui réunissent tous les neuf jours les

(1) Tacite nous rapporte que chez les Germains, les parents de la fiancée, doivent approuver les cadeaux (lisez le prix de la vente) faits par le fiancé : *intersunt parentes et propinqui, ac munera probant*. (German. 18).

(2) Caius, I, 112. — Ulpien, IX.

(3) Acc. Précis, I, p. 279.

(4) Lorsque les trois tribus se furent réunies, est-ce la tribu du mari ou celle de la femme que représentent les dix témoins ? Lange (I, p. 117) tient pour la première opinion.

habitants disséminés dans les champs (1). C'est dans cette intervention de la tribu, surveillant toutes les modifications apportées dans les familles qui la composent, que réside la garantie des intérêts pécuniaires de ces familles. D'ailleurs à l'époque où toutes choses sont communes à la tribu, où les terres sont partagées entre les différents ménages, la tribu tout entière est intéressée dans la formation de ces ménages.

En ce qui concerne les affranchies, nous trouvons une règle toute spéciale dont l'unique motif est le droit de la gens sur les biens de ses membres. Il est interdit, en effet, aux affranchies de se marier hors de leur gens. C'est ce qui résulte d'un passage de Tite-Live dans lequel cet historien constate que la *gentis enuptio* fut accordée par le sénat, comme une faveur spéciale, à l'affranchie Hispala Fecennia (2).

Le droit de la famille est garanti non seulement par l'intervention de témoins et par des prohibitions spéciales, mais encore par la nécessité de l'autorisation des tuteurs de la femme *sui juris* (3). Nous reviendrons d'ailleurs plus loin, sur le fondement de cette institution de la tutelle des femmes. L'autorisation des tuteurs n'est exigée que pour les mariages avec manus, car seuls ils opèrent une transmission du patrimoine de la femme.

§ II. Adoption.

Nous constatons dans la législation postérieure à la loi des Douze Tables, deux formes d'adoption : l'une,

(1) Varr. de re rust. II, pr., de ling. lat. VI, 4.

(2) Tite-Live, XXIX, 19.

(3) Cic. : Pro Flacco, 34. — Gaius, I, 195. — Ulpien, XI, 22.

qui suppose l'adopté *sui juris* ; c'est l'adrogation ; l'autre, qui concerne les personnes en puissance, c'est l'adoption proprement dite.

Cette seconde forme est relativement récente. Elle n'a sans doute pas existé jadis ; d'abord par ce motif de raison, à savoir qu'il est peu probable qu'un *paterfamilias* se fût privé d'un héritier éventuel, pour permettre à un autre citoyen d'en avoir un ; ensuite, par cette considération que, pour réaliser cette adoption, l'on est obligé de feindre un procès ; or, l'emploi de ce moyen détourné implique l'impossibilité d'arriver directement au résultat voulu (1). Aussi, que l'on considère l'époque de son introduction ou la nature des procédés employés, on ne saurait vouloir trouver dans cette forme de l'adoption, l'influence naturelle et libre d'anciennes institutions.

L'adoption, tout au contraire, est une institution qui remonte à la plus haute antiquité. Le citoyen *sui juris* qui va être adopté sort de sa famille pour entrer dans celle de l'adoptant, et, si lui-même est le chef d'une famille et possède un patrimoine, il y aura confusion des familles et des patrimoines. Un acte dont les conséquences sont aussi graves intéresse à la fois les parents de l'adrogéant et ceux de l'adrogé. Les uns et les autres ont en effet des espoirs de succession qui se trouvent déçus et qui, pour les parents de l'adrogé, sont perdus à jamais.

Mais une simple expectative ne serait pas assez res-

(1) On peut tirer argument du droit hindou où de pareilles adoptions sont, sinon impossibles, du moins fort rares. — Contra : Lange, I, p. 131.

pectable pour légitimer des mesures de protection ; il y a la propriété collective de la famille, très-réelle au début, se transformant plus tard en une espèce de domaine éminent. C'est ce domaine éminent, ce droit supérieur auquel la succession peut rendre toute sa force, c'est ce droit, disons-nous, que l'adrogation enlève totalement à la famille de l'adrogé, et partiellement à celle de l'adrogeant. Une pareille aliénation rend nécessaire l'intervention du peuple, qui seul peut, par un acte de sa volonté, modifier la répartition des terres faites entre les divers groupes de la tribu. De là la réunion des citoyens dans les comices par curie, forme la plus ancienne des comices romains ; — de là les questions adressées au peuple et l'exigence de son consentement formel (1) ; — de là l'enquête qui précède l'adrogation et dont l'objet est de fournir au peuple tous les éléments de son appréciation.

On peut penser que parmi les conditions requises dont cette enquête doit constater l'existence se trouve l'absence de tout *suus heres*. L'adrogation n'est légitime que si elle doit assurer un héritier à qui n'en a pas ; sinon elle n'est plus qu'une spoliation, puisqu'elle admet un étranger à participer à des droits qui appartiennent aux enfants copropriétaires avec leur père. Ce serait trop méconnaître ce principe de la copropriété. Il est vrai qu'à l'époque classique, une pareille adrogation est possible ; mais tout prouve qu'il n'en était pas de même auparavant. Ulpien nous dit que

(1) Gaius, I, 99 — Gell., V, 19 — Ulp., VIII, 2, 3. — de même en Grèce l'adoption exige le consentement des membres de la phratricie de l'adoptant. Diction. des antiq. de Saglio. V^o Adoptio.

l'on ne peut adroger successivement plusieurs personnes, sinon pour de justes causes (1). Cette dernière restriction est un tempérament admis, sans doute plus tard, au principe lui-même ; mais ne faut-il pas en conclure, a fortiori, que l'adrogation est impossible si l'adoptant a déjà des enfants légitimes ? Et ne doit-on pas conclure la même chose du soin que prend l'enquête de constater que l'adrogeant ne saurait plus avoir d'enfants naturels ; cette formalité n'aurait plus de raison d'être (2).

Si nous examinons les effets de l'adrogation nous constaterons l'application de nos principes. Les biens sont la propriété non d'une personne mais d'une famille ; dès lors que l'adrogé entre dans une communauté, il ne saurait avoir de droits distincts de ceux de la communauté ; les deux patrimoines, comme les deux familles, se confondent sous l'autorité du *paterfamilias*. Mais, par suite, l'adrogé, lui aussi, participe à tous les droits de sa nouvelle famille.

§ III. *Emancipation.*

L'émancipation a pour effet de faire sortir de la famille un des membres qui s'y trouvait soumis à la puissance du chef de famille (3). Nous n'avons pas

(1) 15, 3. D. 1, 17.

(2) Cic. pro. dom. 13, 14 — Aulu-Gelle, V, 19—; 15, 2 : — 17, 2 D. 1, 7. — On peut d'ailleurs invoquer à cet égard le droit hindou (Manou, IX, 168, 174), et le droit athénien (Démosth. contre Léocharès — Isée : De Menecl. hered. 11, 14.) Fustel de Coul., p. 56.

(3) A l'époque où l'émancipation n'est plus une vente réelle, ne pourrait-on y voir un acte analogue à la répudiation d'un membre de la famille, comme c'est le cas de l'apokéryxis grecque (dict. des antiq. de Saglio : V^e Apokéryxis ; article de M. Gide) et comme on en constate dans le droit hindou ? (Manou, IX, 171, 177).

besoin d'insister sur l'importance d'un pareil acte qui aboutit à exproprier l'enfant de tous ses droits pécuniaires. Il semblerait donc que des formalités toutes spéciales dussent être requises. Mais nous avons déjà remarqué que le pouvoir du chef de famille est pour ainsi dire sans limites, lorsqu'il s'exerce sur ses descendants (ou les femmes in manu qui sont *filiae loco*). Ce pouvoir assimile, d'une façon presque complète au début, les enfants de famille et les esclaves (1). L'acte qui fait sortir les enfants de la communauté est donc le même que celui par lequel le maître renonce à la *dominica potestas*. C'est une vente véritable, entourée des mêmes garanties que celles qui entourent toute aliénation de *res Mancipi*, mais sans formalités plus rigoureuses (2).

Le droit du père pouvait aboutir à des abus : aussi devons-nous constater une intervention législative qui vint restreindre cette faculté de vendre l'enfant et ce pouvoir d'expropriation (3), et empêcher qu'un acte arbitraire du père n'enlevât à la famille celui qui devait assurer sa continuation.

Depuis la loi des Douze-Tables, après la première mancipation, l'enfant ne tombe plus en esclavage, mais est soumis à un pouvoir particulier, le *mancipium*, qui cesse à chaque renouvellement du cens.

(1) Sur l'importance juridique des conséquences de cette assimilation, voy. Mandry: op. cit. passim.

(2) Remarquez que *mancipare* et *emancipare* sont un seul et même mot. Aulu-Gelle, XV, 27: *Tertium (Testamentum) per familiæ emancipationem*.

(3) Il est d'ailleurs fort possible que la loi des Douze-Tables n'ait fait que consacrer une réforme déjà introduite par les mœurs.

A ce moment l'enfant rentre dans sa famille ; ce n'est qu'après trois mancipationes renouvelées, qu'il en sort définitivement.

On voit immédiatement les restrictions considérables apportées au pouvoir du père ; il ne dépend plus uniquement de sa volonté d'exclure le fils, puisqu'il ne dépend pas de lui d'éteindre la *mancipium* dont la suppression fait revivre ses droits de puissance.

Le *filius familias* étant le seul véritable continuateur de la famille, ce n'est qu'en sa faveur que l'ancien état de choses est modifié ; bien avant la loi des Douze-Tables une ancienne loi avait déjà introduit une réforme partielle, par un motif identique ; elle avait interdit, d'une façon absolue, la vente du fils de famille marié (1).

SECTION II.

Tutelle et Curatelle.

La tutelle et la curatelle trouvent leur raison d'être et l'explication des règles qui les gouvernent dans

(1) L'opinion exposée ici n'est pas celle admise en général ; on considère d'ordinaire que l'innovation de la loi des Douze-Tables a été d'établir la perte de la puissance et l'exclusion de la famille après trois mancipationes : Mais d'abord, il nous semble difficile d'admettre qu'à l'origine la première mancipation n'ait pas suffi pour entraîner ces effets. Puis, dans le système que nous adoptons, l'on explique très-facilement, par le maintien de l'ancien droit, ce fait qu'une seule mancipation, est nécessaire en ce qui concerne les filles et petits-enfants (Gaius, I, 134. — Ulp., X, 1). Enfin l'on s'explique aussi comment, dans la *novæ deditio*, une seule mancipation suffit pour exclure le fils de la famille, on maintient simplement l'ancien droit par cette raison qu'il n'y a aucun intérêt à conserver dans la famille un enfant qui la déshonore. Ce point était controversé ; mais la solution donnée est

le droit de la famille sur les biens ; elles sont toutes deux une application du principe de la conservation du patrimoine familial (1).

On comprend facilement les motifs de leur création lorsqu'on se reporte à l'époque où la *gens*, propriétaire de l'ensemble des biens, en a fait le partage définitif entre les groupes d'agnats. Supposons que dans l'un de ces groupes un agnat meure, laissant des filles ou des enfants mâles impubères. En principe, les droits des membres de la communauté sont tous égaux ; chacun d'eux peut disposer de sa part de propriété ou des choses qui lui sont plus spécialement attribuées. La diminution du patrimoine collectif pourrait donc dépendre d'un enfant, d'une femme que l'antiquité regarde toujours comme un être plus faible d'esprit (2), d'un fou ou d'un prodigue. Cela n'est pas possible, et la famille est amenée à revendiquer un droit d'intervention et de surveillance pour tous les actes qui vont être faits ; ni l'enfant, ni la femme, ni les autres incapables ne sauraient s'opposer à l'exercice de ce contrôle.

celle de Sabinus toujours attaché à l'ancien droit et qui fait d'ailleurs remarquer que la loi des Douze-Tables n'a apporté de modification que pour les mancipations volontaires, laissant les autres sous l'empire des règles anciennes (Gaius, IV, 79). C'est donc que jadis une seule mancipation suffisait dans tous les cas.

(1) Giraud : Des succ. en droit romain. Journal des Savants, 1878, p. 751. — Gide : Etude sur la condition privée de la femme, p. 112 et ss.

(2) C'est ce qu'indiquent bien des auteurs Cic. : Pro Mur., 12. — Ulp., XI, 1. — Gaius, I, 190. Dans la suite cette raison a cessé de paraître sérieuse (Gaius, I, 192) ; mais elle l'était jadis. C'est ainsi que Manou ne cache pas son mépris pour les femmes (V, 147. — IX, 2-19).

Il se peut qu'un groupe d'agnats se soit réduit au point de n'avoir plus d'autres représentants que ces personnes incapables. Il n'y a plus dès lors d'intérêt agnatique à sauvegarder. Mais, au-dessus du droit des agnats se retrouve le droit supérieur de la *gens*. Assurément elle a fait un partage définitif entre les groupes qui la composaient ; il n'en est pas moins vrai que ces biens jadis lui ont appartenu, qu'elle a conservé une espèce de domaine éminent et qu'elle retrouve tous les droits dont elle s'était dessaisie lorsque l'un des groupes s'éteint. Il faut donc qu'elle protège ces droits ; qu'elle veille à ce que les biens ne sortent pas de la famille par une aliénation faite à une autre *gens*, sans volonté réfléchie ; qu'elle intervienne même dans toute vente, car cet acte aurait pour effet de mettre à néant le droit de la *gens* considérée comme une collectivité.

C'est de ce légitime intérêt qu'ont les agnats, et subsidiairement la *gens*, à la conservation du patrimoine des ancêtres que sont nées la tutelle des femmes et des impubères, la curatelle des fous et des prodigues.

Il faut remarquer que c'est la tutelle des femmes qui a le mieux conservé les caractères qu'elle avait au début, et qui lui étaient évidemment communs avec la tutelle des impubères. Cette dernière, qui s'appuyait aussi sur la nécessité de protéger les faibles dans leur propre intérêt, s'est, en effet, modifiée sous l'empire de cette idée, en perdant ainsi l'originalité de son organisation primitive.

Voyons maintenant l'application de ces principes soit quant aux personnes qui exercent la tutelle ou la

curatelle, soit quant aux biens que ces personnes doivent protéger ou quant aux actes exigeant leur intervention.

1) La dation de tuteurs par testament ou par le magistrat, est certainement d'une époque postérieure à la naissance de la tutelle. La tutelle n'est pas, en effet, dans son origine, une mission de protection confiée par un père, un mari ou le magistrat ; elle est un droit que puisent certains parents dans leur propriété actuelle ou éventuelle. Ces personnes sont désignées par leur qualité même, sans qu'il y ait à considérer ni leur mérite ni leur aptitude. D'après les considérations exposées plus haut ce doivent être les agnats qui seront appelés en premier lieu, et, à défaut d'agnats, les gentiles (1) ; c'est bien ce qui a lieu en réalité. On a conservé, en ce qui concerne la *cura furiosi*, le texte même de la loi des Douze-Tables : *Si furiosus essit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto* (2).

Seuls les biens qui proviennent des ancêtres peuvent être considérés comme constituant le patrimoine de la famille ; ce n'est qu'à leur égard que la tutelle se justifie, lorsqu'on la considère comme un droit appartenant aux membres de la famille. Il faut donc que la femme ou le pupille aient recueilli les biens de leur père et ceux-là seulement seront soumis à la

(1) En ce qui concerne les impubères, les textes ne parlent point de la tutelle des gentiles. Elle a dû néanmoins exister par analogie avec la situation des femmes et des fous. Acc. Précis, I, n° 132.

(2) Cic. : Rhet. I, 13. — Voy. aussi Cic. : Tuscul., III, 5. — De Répub., III, 25.

tutelle. Il faut, de plus, qu'ils les aient recueilli par voie de succession ab intestat, car c'est, à l'origine, le seul mode de dévolution du patrimoine ; la succession testamentaire n'a point les mêmes effets. Cela résulte avec une entière évidence, en ce qui concerne la tutelle des femmes, de la *laudatio funebris Turiae* (1) ; il y est question d'une fille instituée héritière ; si le testament est valable, elle n'est pas soumise à la tutelle légitime ; est-il nul, elle prend néanmoins les biens, mais tombe sous la tutelle. — Nous trouvons une confirmation de cette manière de voir lorsque nous examinons quels sont les biens qu'il est interdit à la femme d'aliéner sans l'autorisation de ses tuteurs. Les textes sont d'accord pour nous dire qu'il ne s'agit que des *res Mancipi* (2) ; or nous dirons plus tard que ce sont précisément ces *res Mancipi* qui constituaient jadis le patrimoine de la famille, et avaient fait l'objet de la copropriété primitive.

Enfin, l'on trouve dans la *cura prodigi* une trace manifeste de l'ancien droit. La prodigalité lèse les intérêts de la famille ; mais elle est un fait trop exceptionnel pour avoir donné naissance à une institution régulièrement organisée et à une curatelle de plein droit. Il faut que le préteur prenne l'initiative, qu'il crée en faveur de la famille, un pouvoir de protection analogue à la tutelle. C'est elle qu'il prend, à

(1) Voy. le texte dans le *Novum enchirid.* de Giraud, p. 671, et une traduction, par le même auteur, dans le *Journal des Savants*, 1870, p. 515-523. — Acc. Précis, I, p. 394.

(2) *Gaius*, I, 192. — *Ulpian*, XI, 27.

coup sûr, pour modèle ; ce sont ses règles qu'il applique lorsqu'il détermine les biens qui seront soumis à la surveillance du curateur. Or, précisément, ce sont les seuls biens provenant des ancêtres. La formule de l'interdiction est très précise à cet égard : *Quando tibi bona paterna avitaeque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico* (1). Le prodigue a-t-il recueilli les biens paternels en vertu d'un testament, il n'y a plus de curatelle légitime possible : le droit des agnats disparaît. *A prætore constituitur curator. quem ipse prætor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona ; his enim ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri* (2).

Cependant les pupilles impubères ne peuvent même aliéner une res nec Mancipi. Mais cette extension des pouvoirs des tuteurs résulte, nous l'avons dit, de l'idée nouvelle qu'il faut protéger le mineur pour lui-même et dans son propre intérêt.

3). Seuls les actes emportant aliénation du patrimoine familial exigent l'intervention des tuteurs. Cette intervention n'a pas lieu pour les actes d'administration. En ce qui concerne la femme l'autorisation de ses tuteurs n'est pas exigée pour son mariage lorsqu'il n'y a pas *manus* ; dans ce cas, en effet, ses biens restent dans la famille.

(1) Paul, III, 4 A, 7.

(2) Ulpien, XII, 3.

CHAPITRE II.

Le droit des choses.

SECTION I.

Condition des Biens.

Chez un peuple de pasteurs, composé d'éléments que les migrations entretiennent dans un état d'instabilité continue, le développement régulier de la civilisation est difficile à concevoir. Tout au moins, en ce qui concerne les biens, faut-il se placer à une époque où, par la fixation sur le sol, la possession de la terre entre dans le domaine juridique. C'est à ce moment que des règles fixes de droit peuvent prendre naissance, qui se continueront dans la suite et exerceront sur les institutions juridiques une influence qui subsistera alors que leur cause efficiente se sera évanouie.

Si l'on considère qu'à cette époque reculée la propriété privée existait quant à certains biens, la propriété collective quant à d'autres, on sera amené à conclure que cette différence de situation juridique a dû entraîner une distinction entre les divers biens qui en étaient l'objet ; l'on devra admettre aussi que cette même différence a dû être la cause de règles juridiques spéciales à certains biens, corollaires inévitables du principe même.

Partant de là, nous allons essayer de dire briève-

ment comment s'est introduite cette distinction des biens qui n'est autre que la division si controversée des *res Mancipi* et des *res nec Mancipi* (1). Nous indiquerons ensuite la situation spéciale des premières.

§ I.

Au moment où les tribus venues de l'Orient se fixent sur le sol latin et où les *gentes* se cantonnent dans des *pagi* distincts, la propriété individuelle existe déjà. Elle porte d'abord sur ces objets d'un usage si individuel qu'ils semblent attachés à la personne, en sorte que lorsque le propriétaire meurt, on les ensevelit à côté de lui, dans sa tombe. C'est le cas des armes, du cheval de bataille, des ornements (2). La même situation s'applique à toutes les choses qui sont l'œuvre personnelle de celui, ou du groupe très-restreint, qui s'en sert : le char, la tente, la charrue, les ustensiles de ménage. Enfin l'idée d'une appropriation individuelle existe évidemment pour tous les objets de consommation.

(1) Sur les *res Mancipi*, et comme se rapprochant dans des mesures différentes de l'opinion que nous exposons et qu'enseignait notre savant et regretté maître, M. Dubois, voy. Lange, I, p. 149. — Viollet : article déjà cité. — On trouvera l'énoncé d'un nombre assez considérable de systèmes dans Danz : *Lehrbuch der Gesch. des römisch. Rechts* (1840), p. 191, et dans Blondeau : *Crestomathie*, p. 195. Nous n'avons pas, d'ailleurs, à entrer dans l'examen de ces divers systèmes auxquels viennent s'ajouter ceux de MM. Giraud, de Fresquet, Puchta, etc., etc.

(2) Voy., sur une coutume semblable, Tacite. Germ., 27. Elle existait aussi chez les Romains, comme le témoignent les nombreux objets retrouvés dans les tombeaux : l'artisan est enterré avec ses outils, le guerrier avec ses armes. Dans le tombeau des Scipion on a trouvé le cachet de l'un d'eux. Becker et Margardt : *Privatalterth.*, p. 353 et 368.

Les terres, au contraire, sont communes, et, par suite, sont communs aussi les esclaves et les animaux qui servent à les exploiter. Ces biens, qui forment, on le voit, la catégorie des *res Mancipi*, ont fait, dans la suite, l'objet d'un partage, périodique d'abord, définitif ensuite. Le partage s'opère entre les divers groupes dont l'ensemble constitue la gens. Les *res Mancipi* deviennent la propriété collective de chacun de ces groupes de parents et constituent le patrimoine héréditaire de la famille. Ce sont ces choses, jadis propriété collective de la gens, données maintenant en partage à chaque famille pour subvenir à son entretien, qui seront l'objet de mesures de protection toutes spéciales. Leur aliénation sera entourée de ces formalités solennelles qui constituent la mancipation, et c'est de ces formalités qu'elles tirent précisément leur nom. *Res Mancipi*, biens auxquels s'applique la mancipation. Le texte de la loi des Douze-Tables : *Cum nexum faciet mancipiumque....*, prouve, en effet, que le terme de *mancipium* désignait jadis la mancipation (1).

Cette façon de concevoir les *res Mancipi*, appelle quelques explications supplémentaires.

(1) Voy., le Dict. de Freund à l'article *mancipium*. On peut objecter que la mancipation pouvait s'appliquer aux hommes libres et à l'hérédité qui ne sont pas *res Mancipi*. Mais, en ce qui concerne les premiers, nous pensons que l'aliénation, au début, les constituait en un véritable état d'esclavage ; or les esclaves sont *res Mancipi*. Quand à l'application faite à l'hérédité, il faut d'abord remarquer qu'elle s'est introduite assez tard. Puis, l'hérédité comprenant l'ensemble des *res Mancipi* qui constituent le patrimoine par excellence, on peut concevoir que la mancipation s'y applique, les *res nec Mancipi* suivant alors la condition des *res Mancipi* comme simples accessoires. Lange, I, p. 180.

On peut d'abord se demander pourquoi les troupeaux destinés à l'alimentation ne sont pas considérés comme faisant partie du patrimoine de la famille. C'est que ce sont des objets de consommation ; chacune des bêtes du troupeau ne sert qu'à celui qui en fait sa nourriture ; on ne saurait, par conséquent, imaginer un exemple plus complet de l'appropriation individuelle, une situation qui exclue davantage l'idée d'un patrimoine collectif, héréditaire. Assurément, la propriété de ces troupeaux est commune, mais jusqu'au moment seulement où elle sera anéantie par l'usage exclusif qu'en fera l'un des membres de la famille. Bien au contraire, les animaux servant au travail agricole sont susceptibles d'un usage commun et profitent à tous ; ils forment un patrimoine familial, et conservent cette qualité tant que la mort naturelle ne la leur enlève pas. Au reste, pour un peuple agriculteur comme l'était le peuple romain, la fortune consiste moins en troupeaux de consommation qu'en terres et en instruments d'exploitation.

Aussi conçoit-on fort bien que la notion du pécule, c'est-à-dire d'un bien attribué spécialement à certains membres de la famille pour leur usage et leur jouissance exclusive, se soit introduite pour les troupeaux ; c'est ce qu'indique l'étymologie même du mot *peculium*.

La catégorie des *res mancipi* comprend les servitudes rurales dont nous n'avons pas encore parlé. La raison de cette classification est toute naturelle. Les servitudes sont, en effet, des droits intimement affectés aux fonds de terre, établis sans doute en même

temps que le partage primitif, indispensables à l'exploitation des champs et participant par conséquent à la condition juridique de ces derniers. Si l'on réfléchit, d'autre part, qu'au moment où s'établit la distinction que nous étudions, les villes n'existaient pas, mais que les familles vivaient éparses dans les champs, on concevra que les servitudes urbaines aient été considérées comme des *res nec Mancipi*.

Il ne faut pas, en effet, perdre de vue que la classification des choses en *res Mancipi* et *res nec Mancipi* résulte d'un partage de certaines choses communes attribuées aux diverses familles. Seuls les biens ayant fait l'objet de ce partage et ceux de condition absolument identique, sont *res Mancipi*. En sorte que les choses tombées seulement plus tard dans le domaine de l'activité économique des Romains, bien que se rapprochant beaucoup des *res Mancipi* originaires, n'ont pu cependant entrer dans leurs rangs trop nettement délimités. C'est ce qui explique pourquoi certaines bêtes de somme, comme les éléphants, les chameaux ne sont pas *res Mancipi*. Il ne faut pas, à cet égard, s'arrêter à l'explication donnée par Ulpien (1), explication qui n'en est pas une, mais remarquer, au contraire, la véritable solution que Gaius indique (2). *Feræ bestiæ nec Mancipi sunt, velut ursi, leones ; item ea animalia quæ fere bestiarum numero sunt, velut elefanti et cameli ; et ideo ad rem non pertinet,*

(1) Ulp., XIX, 1 quoniam bestiarum numero sunt.

(2) Gaius, II, 16. Nous adoptons dans ce passage la restitution de Fitting approuvée par M. Dubois. (Edit. Dubois, p. 129). Au reste, les diverses conjectures proposées par d'autres auteurs donnent un sens identique.

quod hæc animalia etiam collo dorsove domari solent, nam ne notio quidem eorum animalium illo tempore fuit quo constituebatur quasdem res Mancipi esse, quasdem non Mancipi.

Si la classification était arrêtée quant à la nature des objets qui étaient res Mancipi, elle ne l'était pas quant à leur quantité. Lorsque, sans doute après la guerre sociale, les fonds italiques furent assimilés à *l'ager romanus*, ils devinrent comme lui res Mancipi (1).

§ II.

On conçoit aisément que des biens qui forment le patrimoine d'une famille, qui sont l'objet, de la part de chaque membre de cette famille, d'un droit de propriété, on conçoit, disons-nous, que la conservation de ces biens dans la famille soit assurée par des mesures protectrices, que leur aliénation soit entourée de formalités particulières. A cet égard un court aperçu de ce qui se passait chez quelques autres peuples ne sera pas sans intérêt (2).

Les auteurs anciens sont d'accord pour mettre un partage à l'origine de la propriété privée à Sparte. Ce partage s'est fait entre les diverses familles et le lot de terre assigné à chacune d'elles a formé son patrimoine irrévocable ; si bien qu'Héraclide rapporte

(3) Acc. Précis. I, p. 492.

(4) Nous nous référons ici aux études déjà citées de MM. Sumner-Maine, Viollet, de Laveleye, Demelic et Koenigswarter (p. 151), auxquelles il faut ajouter : Caillemier : Le contrat de vente à Athènes, rev. de législ. 1870, p. 658 ; Fustel de Coulanges : La propriété à Sparte, Journal. des Savants, 1880, p. 101 et 102.

que de son temps les familles possédaient encore les mêmes lots qu'à l'époque de Lycurgue. Le lien entre la famille et la terre était si étroit que celle-ci était inaliénable.

Cette inaliénabilité originaire, dont le but évident est la conservation des biens dans la famille, a sans doute été générale. On remarque, par exemple, que la loi salique, la plus ancienne des lois germaniques, est muette sur l'aliénation des immeubles. La première rédaction de la loi des Wisigoths, en parlant d'objets susceptibles d'être vendus, vise bien les animaux et les esclaves, mais non pas les terres. C'est un indice assez grave si l'on remarque que la seconde rédaction intervenue après une période de temps suffisante pour réaliser ce progrès, met au contraire les biens fonciers au rang des choses aliénables. Enfin, il en était de même dans le droit hindou, avant le triomphe du brahmanisme.

Lorsque plus tard l'aliénation est permise, elle nécessite l'intervention des membres de la famille qui doivent consentir à la vente. Bien plus, chez certains peuples, la tribu tout entière assiste à l'opération, consacrant par sa présence ou même par son assentiment, le changement important qui s'opère dans la situation de deux familles. — Le consentement des copropriétaires (habitants du village en cas de communauté de village, — proches parents en cas de famille associée dans l'indivision) se retrouve dans l'ancien droit hindou ; les habitants du village, les parents et voisins, les héritiers, doivent consentir à la vente. — Chez les Thuriens il faut, pour la perfection de la

vente, l'assistance de trois proches voisins auquel le vendeur remet une petite pièce de monnaie ; un souvenir du temps où ces voisins étaient membres d'une même communauté de famille ; leur consentement alors était nécessaire et souvent le vendeur devait l'acheter comme le témoigne la petite pièce de monnaie. — A Ænos, en Thrace, vendeur et acheteur doivent aller devant le magistrat, accompagnés de trois habitants de la localité. — Le droit germanique exige, lui aussi, le concours de la famille. Les recueils de formules et les diplômes du moyen-âge fournissent de nombreux actes d'aliénation où figurent comme parties consentantes des descendants et des collatéraux (1). Au début même, si l'on s'en rapporte au titre 59 de la loi des Ripuaires, les ventes, comme aussi les donations, se faisaient dans l'Assemblée de la tribu c'est-à-dire dans le *Mallum*.

Aujourd'hui encore, chez les Slaves méridionaux, les immeubles sont en principe inaliénables ; il n'est fait d'exception que du consentement de tous les membres de la communauté de famille. Dans bon nombre de coutumes slaves on distingue entre les divers biens de la communauté, et ceux qui servent directement à l'agriculture sont inaliénables, sinon en droit, du moins en fait.

Voilà des constatations qui vérifient pleinement le principe que nous avons posé. Trouverons-nous à

(1) Les coutumes de Ponthieu (art. 19), De Boulenois (art. 192) et d'Artois (art. 70), ont conservé des traces de cet état de choses. Pour toute aliénation de propres (dépassant le quint), elles exigent le consentement de l'héritier présomptif.

Rome une semblable situation ? Verrons-nous, là aussi, des traces de l'inaliénabilité des terres, de l'intervention nécessaire des parents ou même du peuple ? C'est ce que nous allons examiner.

L'inaliénabilité primitive des terres ne peut pas être prouvée directement, en ce qui concerne le droit romain. Cependant il ne manque pas d'indices permettant de conclure à l'existence de cette règle. C'est d'abord l'inaliénabilité certaine du fonds qui renferme le tombeau de la famille ; on peut considérer que c'est là un reste de l'ancien état de choses. C'est ensuite, et surtout, la nature de la mancipation et de l'*in jure cessio*, qui semble indiquer que ces deux modes d'aliénation ne s'appliquaient, à l'origine, qu'à des meubles. Dans l'une et l'autre de ces opérations il faut, en effet, que l'acquéreur non-seulement touche l'objet vendu, mais encore le saisisse avec la main (1).

Or cet acte d'appréhension, si important que c'est de lui que la mancipation tire son nom, cet acte ne se conçoit pas en ce qui concerne les terres. Donc, à l'époque la plus reculée, il n'y avait ni vente ni revendication des immeubles. Cette dernière action a dû cependant s'introduire dans la suite, lorsque les signes primitifs de la limitation des terres ont commencé à s'effacer ; c'est grâce à une fiction d'une revendication qu'on a alors pu tourner l'ancienne prohibition. Les fonds étant devenus aliénables on leur appliqua la mancipation lorsque celle-ci n'est plus qu'un mode de transférer la propriété.

(1) Gaius, I, 121 : *adeo quidem ut... adprehendere id ipsum quod ei in mancipio datur, necesse sit ; unde etiam mancipatio dicitur quia manu res capitur...* Gaius, I, 119. — II, 24.

Laissons l'in jure cessio qui, en tant que mode d'aliénation, n'est qu'un procédé détourné et ne saurait indiquer les garanties entourant une aliénation véritable, et voyons, en ce qui concerne la mancipation, l'application des idées indiquées plus haut.

Nous avons montré quelle était l'importance des res Mancipi pour la famille romaine ; elle doit donc consentir à la perte de ses droits sur ces choses. Mais il faut que ce consentement soit indiqué d'une façon bien certaine. Nous avons vu que dans plusieurs parties de la Grèce on se rendait devant le magistrat, que chez les Germains la vente se faisait dans l'Assemblée du peuple. C'est précisément ce dernier procédé qu'employaient les Romains. Il faut, en effet, remarquer que le peuple tout entier est intéressé dans de pareils actes qui modifient la fortune des groupes qui le composent, qui modifient aussi le partage qui avait mis fin à la propriété collective. Au reste, c'est un fait général que cette intervention du peuple dans toutes les solennités qui intéressent les familles ; c'est lui, dont l'approbation valide l'adrogation, c'est lui qui assiste au mariage, c'est lui qui donne force de loi au testament, c'est lui aussi, croyons-nous, qui assiste à la vente et la ratifie. A cet égard, la présence obligatoire d'au moins cinq témoins nous paraît un indice décisif. Il est difficile de voir dans ces cinq témoins, que certains textes appellent *classici testes*, autre chose que la représentation du peuple (1). Jadis ce peuple tout entier participait à la vente ; lorsque l'accroissement de la population rendit ce concours effectif impossible, on exigea qu'il y eut du moins autant d'assistants qu'il y avait de grandes divisions

dans la nation. Ce mode de représentation se produisit de même dans l'adrogation. Mais, en ce qui la concerne, comme elle s'est maintenue sans changements depuis sa création, comme d'autre part elle a des rapports étroits avec la constitution des familles et des gentes, c'est à la division la plus ancienne du peuple, celle où figurent les seules gentes patriciennes, que l'on se réfère, et l'on prend un licteur par curie. La mancipation, au contraire, touche moins à l'organisation de la famille et plus à ses intérêts pécuniaires : elle est employée par les plébéiens comme par les patriciens ; enfin on peut penser que seules les res mancipi figuraient sur les listes du cens tel qu'il fut établi par Servius Tullius (1) ; toute mancipation est donc susceptible d'entraîner un changement de classe pour les personnes qui y figurent. Pour ces diverses raisons on conçoit qu'on se soit attaché à une organisation du peuple qui ne distinguait pas entre patriciens et plébéiens et reposait précisément sur des considérations de fortune.

En ce qui concerne la femme sui juris, des mesures particulières sont prises pour protéger les res man-

(1) Festus : V^o Classici textes. — Aulu-Gelle, XV, 27, 3. — Acc. Précis, I, p. 530. — Il faut remarquer que le rôle des témoins n'est pas purement passif ; dans le testament mancipatoire le testateur les interpelle : Vos Quirites testimonium mihi perhibetote. Les témoins répondaient évidemment, et ce n'est peut-être pas faire une conjecture trop hardie que de penser qu'au début cette réponse impliquait un consentement, une garantie. (Gaius, II, 104). Un texte de Paul prouve d'ailleurs que ces témoins prenaient la parole : Cæcus testamentum potest facere, quia accire potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium perhibentes (Sent. III, 4 a, § 4).

(1) Willems : Droit public (4^e édit.), p. 60. — Mommsen : Hist. rom., I, p. 297.

cipi. Elle doit obtenir le consentement de ses tuteurs lorsqu'elle veut les aliéner (1). Ne pouvant se passer de ce concours dans une vente, elle ne peut non plus mettre les tiers *in via usucapiendi* ; les res mancipi de la femme in tutelle sont soustraites à l'usucapion (2). C'est là une protection accordée à la famille déjà par la loi des Douze-Tables, mais dont l'origine était bien antérieure.

Pour terminer ce qui concerne la condition des biens, disons quelques mots d'une institution qui a existé dans certaines parties de l'Italie, *du retrait lignager*.

La famille dont le consentement n'est plus exigé pour l'aliénation des biens patrimoniaux, conserve du moins le droit d'empêcher que ces biens ne tombent en de tierces mains ; elle peut se substituer à l'acquéreur. C'est là le retrait lignager que l'on trouve fortement constitué dans notre droit coutumier. A-t-il existé dans le droit romain ? Non pas, sans doute, d'une façon générale, à l'époque classique ; on ne concevrait pas le silence des textes. Mais il était peut-être pratiqué à une époque plus reculée ; en tous cas, il s'est conservé dans certaines parties de l'Italie. C'est ce qui résulte d'une constitution de l'empereur Théodose, adressée au préfet de l'Illyrie et de l'Italie : elle abolit cette coutume et débute ainsi : *Dudum proximis consortibusque concessum erat, ut extra-*

(1) Ulp., XI, 27. — Fr. Vatic., 1.

(2) Gaius, II, 47.

neos ab emtione removerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent (3).

SECTION II.

Droit des obligations.

Il est impossible de n'être pas frappé de la concordance qui existe entre les idées précédemment exposées, et l'opinion soutenue par certains auteurs relativement au *nexum*. Dans ce système le *nexum* aurait consisté dans la mancipation faite par le débiteur de sa propre personne, des personnes qu'il a en sa puissance et de tous ses biens (1). Ce serait là une nouvelle application de ce principe que les biens ne peuvent être séparés de la famille qui forme une unité indivisible, propriétaire, créancière et débitrice. Assurément, de graves objections ont été présentées contre ce système. On a allégué qu'il est impossible de concevoir une mancipation où l'aliénateur serait en même temps la personne aliénée. Il nous semble que la réponse à cet argument se trouve dans l'exemple de la *cœemptio* où la femme *sui juris* se vend elle-même. Puis le vendeur a un rôle absolument passif dans la mancipation; il n'y figure que par sa présence; cela n'est pas incompatible avec la situation spéciale qu'il aurait dans le *nexum*. On a dit aussi qu'il faudrait supposer une mancipation sous condition, ce

(3) 14, C. 4, 38, — Cp. 6, C. Th. 3, 1 et Basiliq. 19, 5. — Voyez sur ce point l'article de M. Viollet.

(1) Zimmern: *Gesch. des röm. Privatrechts*, II, p. 124. — Voyez aussi Niebuhr., II, p. 375. — Danz, II, 85, expose les diverses opinions émises sur cette question.

qui est impossible. L'objection n'est pas décisive ; la mancipation n'est pas faite sous condition ; le transport de la propriété a lieu immédiatement ; c'est l'exécution des droits appartenant dès lors aux créanciers, qui seule est suspendue. Tout au contraire des arguments fort sérieux peuvent être invoqués en faveur de l'opinion exposée. D'abord la forme même du nexum ; cette opération qui nécessite la balance et l'airain, absolument comme la mancipation, n'est-ce pas réellement une mancipation ? L'emploi que les écrivains font parfois du mot nexum pour désigner la mancipation, ne vient-il pas confirmer cette manière de voir ? Puis cette expression : *nexum se dare ob res alienum* (1) ! Enfin, le récit de Tite-Live (II, 23) sur la condition des *nexi* ! Particulièrement, le passage où il rapporte l'édit qui interdit de poursuivre les fils et petits-fils pour les dettes contractées par le père de famille, n'implique-t-il pas que ces personnes sont engagées par les dettes de leur auteur (2) ?

Quoi qu'il en soit de cette question sur laquelle nous n'osons nous prononcer d'une façon absolue, un point est certain, c'est que pour toutes les obligations contractées autrement que par nexum, l'exécution du jugement prononçant condamnation ne pouvait avoir lieu sur les biens. C'est qu'en effet l'obligation contractée par le chef de famille ne peut diminuer le patrimoine de cette famille ; elle ne saurait entraîner que des conséquences personnelles au débiteur (3).

(1) Val.-Max., VI, 1, 9.

(2) Tite-Live, II, 24.

(3) Peut-être serait-il possible d'admettre que très anciennement il n'y avait point de moyen d'exécution ; c'était le cas du

CHAPITRE III.

Le droit des successions.

Les éléments des questions qui se posent au sujet des successions diffèrent considérablement suivant qu'on les étudie sous l'empire du droit actuel ou qu'on essaye de les déterminer à ces époques reculées auxquelles nous sommes sans cesse ramenés dans le cours de ce travail.

Aujourd'hui l'on recherche ce que devient, au décès du propriétaire, le droit absolu, exclusif, qu'il avait sur ces biens. C'est un patrimoine propre et individuel que la mort laisse vacant. Le défunt, maître de sa fortune, pouvait déterminer, même pour le moment où il ne serait plus, celui qui succéderait à ses droits. S'il n'a rien dit, la loi règle cette succession. Le principe qui la guide dans ses dispositions est ce principe tout moderne, qu'il faut chercher à interpréter la volonté du défunt et suivre, dans l'attribution de ses biens, l'ordre présumé de ses affections.

Toute différente est la situation des peuples primitifs comme aussi de ceux qui sont restés stationnaires. Deux traits particuliers la distinguent : d'une part, il

droit hindou et du droit brehon. On trouvera dans M. Sumner-Maine de curieuses indications sur la procédure du jeûne suivie par ces deux coutumes. S'il en a été de même à Rome, c'a été un système particulier aux patriciens, descendants des tribus venues de l'Asie ; cela expliquerait ce fait que lorsqu'il est question des nexi dans l'ancienne Rome, ce n'est jamais que des plébéiens qu'il s'agit. (Instit. primitives, chap. X.)

n'y a pas de biens propres, de patrimoine divis ; d'autre part, sur la portion que chaque parent a dans les biens communs, il n'existe pas de droit de disposition exclusif. Ce n'est pas une personne isolée, c'est toujours une famille qui est propriétaire. Cette famille, sorte d'être moral, se perpétue tant qu'il y a des parents pour la représenter. De là résulte qu'il n'y a lieu à l'ouverture d'une succession que si le défunt est le dernier membre de la communauté.

Essayons maintenant, en nous plaçant successivement aux diverses phases de l'évolution de la propriété, de préciser quelles doivent être les conséquences du décès d'un membre d'un groupe de parents.

Dans la communauté de village, les terres sont réparties entre les groupes élémentaires représentés par les pères de famille. Le décès d'un membre du groupe ne peut avoir d'influence, car tout est indivi entre les parents. Seule la mort du chef a cette conséquence, qu'au renouvellement du partage la communauté se dissout ; chaque ménage prend sa part des choses indivises et reçoit, sur l'ensemble des terres du village, un lot particulier.

Plus tard un partage définitif a lieu, qui donne à perpétuité à chaque famille une portion des champs communs. Les communautés de famille se forment alors ; toutes choses sont indivises entre ceux qui en font partie, aussi bien les instruments destinés à l'exploitation que les produits du travail de chacun. L'un des parents vient-il à mourir, fût-ce le chef même de la famille, il n'y a pas à parler de succession ; c'est à la communauté qu'appartiennent tous les biens ; or la communauté survit au décès. Il y a

simplement lieu de remplacer le chef disparu, soit par l'application d'un droit d'aînesse, soit par une élection, soit de toute autre façon (1).

Lorsque, par un nouveau progrès, les communautés se sont réduites au père et à ses descendants, les mêmes principes s'appliquent ; il n'y a pas de succession tant qu'il existe un membre de la communauté. Le père de famille mourant, ses enfants reprennent sur les biens communs l'exercice de leurs droits concentré auparavant entre ses mains. Ils se séparent, ils opèrent un partage ; mais c'est un partage de biens communs, à eux appartenant dès avant le décès ; leur droit préexistant est arrivé à son entier épanouissement. .

Mais, lorsque le défunt est le dernier membre de la communauté, alors se pose la question de la dévolution du patrimoine, alors une succession s'ouvre, alors il y a transmission des biens. Cette situation pouvait déjà se présenter dans la période précédente ; mais, à raison du grand nombre de personnes que

(1) Crémazy : la loi de succ. dans le droit hindou. *Nouv. Rev. hist.*, t. 3 (1879), p. 351. — Nous extrayons de cette étude le passage suivant ; « Il est un principe qu'il ne faut pas perdre de vue, car il donne la clef du système des successions en droit hindou, à savoir qu'il n'y a ouverture de la succession d'un homme que s'il n'était pas à son décès en état de communauté de biens. On entend par ces mots une agrégation plus ou moins ancienne d'individus du sexe masculin liés entre eux par la parenté agnatique, c'est-à-dire issus par les mâles seulement, d'un auteur commun, n'ayant qu'un domicile, ne possédant qu'un patrimoine administré par un chef de leur choix dont les engagements les obligent tous, apportant chacun à la masse le fruit de leur labeur pour en faire bénéficier les autres cointéressés... Les femmes et les étrangers en sont exclus. » Il en est de même dans les communautés de famille slaves. Laveleye, p. 209.

comprenait la communauté de famille, elle devait être fort rare. Ce n'est guère que dans la période que nous étudions maintenant qu'il peut se former un droit coutumier établissant les règles à appliquer dans de pareils cas. Deux questions sont alors soulevées : d'abord, n'y aura-t-il pas des moyens artificiels d'empêcher l'extinction de la famille ; en second lieu, si ces moyens n'ont pas été employés, à qui reviendra le patrimoine ?

Le caractère particulier que revêt dans cette période le pouvoir du chef de famille fait naître une troisième question. Ce chef est le père de ceux qui sont soumis à sa puissance. Il tire de cette qualité des pouvoirs beaucoup plus considérables que ne pouvait lui en donner l'élection ou le droit d'aînesse. Ces pouvoirs seront-ils assez étendus pour lui permettre de dépouiller ses enfants de leur droit de copropriété et de faire passer son patrimoine, à son décès, en des mains étrangères ?

a) Les coutumes de tous les peuples primitifs ont imaginé des moyens divers pour assurer au père un héritier. Nous n'avons pas à entrer ici dans les détails relatifs à la cohabitation de la femme avec un parent du mari, à la condition de la fille épicière dans le droit athénien, aux usages slaves qui considèrent, en ce cas, le mari de la fille comme membre et continuateur de la communauté de sa femme. Ce sont là des institutions qui ont pu avoir leurs analogues dans le droit romain, mais il serait trop difficile d'en retrouver les traces, pour que nous insistions.

Tout au contraire, il est une institution connue de

la généralité des peuples, que l'on peut constater à Rome aussi, et dont le but est le même que celui des précédentes. Nous voulons parler de l'adoption, c'est-à-dire de cet acte solennel, que nous avons déjà étudié, par lequel le père prend un étranger pour son fils et trouve en lui le continuateur de la famille qui avait failli s'éteindre.

b) Mais il se peut que le père ne se soit pas assuré d'héritier. Sa mort laisse ses biens sans maître ; comment va-t-on régler leur sort.

Ce n'est pas, assurément, la volonté du défunt que l'on cherchera à interpréter ; nous l'avons déjà dit, cette idée repose sur l'existence d'un droit de disposition que l'antiquité n'a pas connu.

Le principe, croyons-nous, qui fixe les règles de la dévolution du patrimoine, est celui de la copropriété originaire.

Le droit de propriété de la famille étroite est né de partages successifs ; la gens a partagé entre les communautés agnatiques ; celles-ci se sont divisées en groupes moindres et leurs biens ont été répartis entre ces groupes. Chacun de ces derniers s'est lui-même séparé... et ainsi de suite, jusqu'au groupe actuel dont l'extinction ouvre la succession. Lors donc qu'on recherche quelles personnes vont prendre les biens laissés vacants, on examine quels ont été les copropriétaires du défunt ; ce sont ces parents ou leurs descendants qui hériteront. Si cet ordre de successibles n'a pas de représentants, on remonte à l'avant-dernier partage ; tous ceux qui ont participé à ce partage, ou leurs descendants viendront à la succession. Chaque partage

laisse en effet subsister au profit des anciens copropriétaires un domaine éminent auquel le décès de l'un d'eux rend toute sa force. Lorsqu'il n'y a plus de parent qui puisse invoquer un partage auquel lui ou ses auteurs auraient participé, c'est la communauté de village qui succède en vertu du même principe.

Ce système successoral a été consacré par les peuples qui ont connu la copropriété.

Dans le droit germanique, en l'absence de descendants, on appelle, dans un premier ordre de successibles, tous ceux qui descendent du père du défunt, suivant la proximité de leur degré ; dans le second ordre, les descendants du grand-père : oncles, cousins, arrière-cousins, etc. ; dans le troisième ordre viennent les descendants du bisaïeul... et ainsi de suite. C'est ce qu'on a appelé le système des *parentèles*, chaque ordre de successibles formant une *parentèle* (1).

Mêmes coutumes à Athènes. A défaut de descendants la succession parvient : en premier lieu, aux collatéraux qui se rattachent au père du défunt ; en second lieu, aux descendants de l'aïeul (2). Enfin le droit hindou applique les mêmes règles (3).

c) La dévolution du patrimoine repose, on le voit, sur un droit actuel, sur un domaine éminent des successibles. Ce droit doit être respecté par le défunt ;

(1) Koenigswarter, op. cit. p. 155. Ce droit successoral a été conservé par les coutumes de Tourraine, d'Auvergne, de Bretagne et par quelques autres.

(2) Caillemer : Le droit de succession à Athènes. Rev. de légis. 1875, p. 1 et ss. Suivant certains auteurs le père succéderait de préférence à tous collatéraux.

(3) Crémazy, loc. cit. p. 359. — Boscheron-Desportes : Aperçu histor. du droit hindou. Rev. hist., I (1855), p. 327.

il peut assurer la continuation de sa famille par l'adoption, mais il ne saurait appeler à succéder à ses biens et à dépouiller sa famille une personne étrangère. Le testament, considéré comme un acte de disposition, est donc impossible.

Cela nous est affirmé par Tacite, en ce qui concerne les Germains (1). — Chez les Athéniens, le testament constitue en réalité une adoption (2). — Le droit hindou ne reconnaît nulle part expressément le droit de tester ; que si le testament est usité de l'Inde, cela tient sans doute à des influences étrangères (3).

Aux traits particuliers que nous avons relevés dans les lignes qui précèdent, il convient d'ajouter quelques remarques concernant la situation des femmes.

L'exclusion des femmes, en tant que successibles, ou du moins l'infériorité de leurs droits par rapport à ceux des hommes, se retrouve dans le droit hindou comme dans le droit brehon, dans le droit germanique comme dans le droit athénien. C'est qu'en effet la famille ancienne repose sur les mâles ; seuls ils peuvent assurer sa conservation par leur valeur et la défendre par la force des armes. La femme doit donc suivre son époux, entrer dans sa famille, non le faire entrer dans la sienne. Reconnaître aux femmes un droit de succession plein et entier, ce serait, par

(4) Tac. Germ., 20. *Herodes tamen successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum.*

(5) Boissonnade: Réserve héréd. chez les Athéniens. *Rev. histor. de droit*, t. 13 (1867), p. 260.

Gans: *Das Erbrecht*, I, p. 390. *Dict. des antiq. de Saglio*, V^o *Adoptio*.

(6) Crémazy, loc. cit. p. 364.

suite, exposer inévitablement les biens patrimoniaux à passer dans une autre communauté ; on ne peut s'étonner de ce que les anciennes coutumes s'y soient toujours refusées (1).

Tel étant, dans ses grandes lignes, le droit de succession qui résulte logiquement de la théorie de la propriété collective, recherchons maintenant dans quelle mesure le droit romain a conservé la trace de ces institutions qu'il a certainement consacrées à l'origine.

Nous examinerons d'abord la succession ab intestat, puis la succession testamentaire.

SECTION I.

Les successions ab intestat.

Deux questions feront l'objet de notre étude.

1) Dans quel ordre les parents sont-ils appelés à la succession ; quelle est leur situation respective par rapport à l'hérédité ?

2) Quelle est la vocation héréditaire des femmes.

§ I. *Ordre et situation des successibles.*

Trois classes d'héritiers sont appelées : les *sui heredes* d'abord, les agnats ensuite, enfin les *gentiles*. A des degrés divers ils viennent tous en vertu d'un

(1) Le droit hindou qui reconnaît à la veuve un certain droit de succession, lui impose la condition de rester chaste. Crémazy, loc. cit. p. 356.

droit de copropriété, comme l'indique Festus : *Heres apud antiquos pro domino ponebatur* (1).

1) Les *sui* prennent les biens en leur qualité de copropriétaires ; ces biens étaient, en effet, communs au père et à ses descendants. Cette idée, bien ancienne, inspire encore certains jurisconsultes classiques ; nous avons déjà rapporté le texte célèbre de Paul : *Nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur* (2).

Paul indique fort bien la nature particulière du droit des *sui* ; il n'y a pas à vrai dire de succession ; il n'y a pas un transfert de propriété, mais la continuation d'une propriété antérieure. La loi des Douze-Tables ne s'occupe de la dévolution du patrimoine que lorsqu'il n'y a pas d'héritiers siens, et, quant à ces derniers, elle ne les appelle pas à recueillir les biens, car ces biens ne sont pas vacants (3). De là résulte aussi que ces héritiers n'ont aucune volonté à manifester pour prendre le patrimoine. Ils ne sauraient non plus répudier ces biens, car leurs droits, comme aussi les obligations qui en sont la conséquence, existaient dès avant le décès du père, et ce décès n'a pu modifier leur situation.

On le voit, le droit des *sui heredes* obéit aux conséquences logiques du principe de la copropriété ; c'est ce principe qui fournit la meilleure et la plus

(1) Festus : *Vº Heres*.

(2) *II D.* 28, 2. — *Gaius*, II, 157. — *Coll. leg.* XVI, 3, 6. — *Rivier* : *Traité des succ.*, p. 260. — *Acc. Précis*. II, p. 27.

(3) *Si intestato moritur cui suus heres nec exit, agnatus proximus familiam habeto.* (*Ulp.*, 26, 1). *Voy. Giraud* : *Des succ. en droit rom.* *Journal des Savants*, 1878, p. 689.

simple explication de ses règles particulières, comme le reconnaissent ceux-là même qui nient le *condominium familiae* (1).

Maintenant, est-ce à dire que cette copropriété entraîne la copossession et que les *sui heredes* aient la saisine de plein droit, en sorte que ce serait là le motif qui empêche *l'usucapio pro herede* en présence d'un héritier sien ? Nous ne le pensons pas ; de ce qu'on est propriétaire il ne suit pas qu'on soit possesseur ; n'est possesseur aux yeux des Romains primitifs que celui qui a réellement le *corpus* et l'*animus* (2).

2) En second ordre viennent les agnats. La place assignée à ces personnes est bien conforme à la théorie que nous avons exposée. On n'appelle que ceux des parents qui ont fait partie par eux-mêmes ou par leurs auteurs, avec le défunt ou ses ascendants, d'une même communauté de famille. Tout parent sorti de sa communauté, c'est-à-dire qui a subi une *capitis deminutio*, ne peut avoir de droits de succession ; c'est ce qui justifie l'exclusion des fils émancipés, des enfants adoptés par des étrangers, des femmes *in manu*. Les biens retournent à la famille qui les avait partagés et à ceux-là seuls qui sont restés dans cette famille : *Ex ea familia, in eam familiam*, dit la loi des Douze-Tables (3).

(1) Mandry, op. cit. p. 27.

(2) M. Dubois pensait que seule cette saisine, conséquence de la copropriété familiale, pouvait expliquer l'impossibilité d'usucaper *pro herede* lorsqu'il y a un *suus heres*. Mais cette impossibilité résulte simplement de ce que l'*heres suus* étant héritier de plein droit l'usucapio perd toute son utilité.

(3) 195, 1 D. 50, 16.

Mais le droit romain a-t-il consacré le système des parentèles, au début de son développement ? On ne peut ni l'affirmer, ni le nier d'une façon positive. Sans doute le code des décemvirs appelle l'agnat le plus proche, mais il ne dit pas s'il faut considérer la parentèle dont cet agnat fait partie.

L'exemple des diverses coutumes que nous avons citées nous fait penser que ce système a jadis existé, mais qu'il a disparu avec le souvenir de la copropriété agnatique.

A la différence des sui, les agnats sont tenus de faire adition ; on ne peut, en effet, dire d'eux ce que nous avons dit des sui ; ils ne sont pas copropriétaires avec le défunt.

3) En l'absence d'agnats, c'est la *gens* qui succède. — La proposition ainsi formulée soulève deux questions. La vocation de la gens est-elle subordonnée au défaut de tous agnats, ou suffit-il que le *proximus agnatus* vienne à manquer ? En second lieu, est-ce bien la *gens*, et non pas le *proximus gentilis* qui acquiert le patrimoine ?

Nous croyons, avec un auteur éminent, que le droit primitif admettait la *successio graduum* dans l'ordre des agnats (1). L'exclusion de cette *successio* est trop peu logique pour avoir été le système original. Indépendamment des arguments bien connus que l'on invoque dans notre opinion, le texte même de la loi des Douze-Tables nous paraît décisif. Les *gentiles* sont appelés, non pas dès que le *proximus agnatus*

(1) Acc. Précis, II, p. 30.

fait défaut, mais alors seulement qu'aucun agnat ne s'est présenté : *Si agnatus* (et non : *si proximus agnatus*) *nec escit*, dit la loi, *gentiles familiam habento*. Gaius s'exprime de même : *Si nullus agnatus sit, eadem lex XII Tabularum gentiles ad hereditatem vocal* (1). D'autre part, de ce que la dévolution existait en matière de tutelle légitime, on peut conclure à son existence dans le système originaire des succession ; les règles relatives à l'attribution de la tutelle et de la succession étaient identiques, car le droit de tutelle était, dans son principe, un droit essentiellement pécuniaire (2).

On a cependant voulu voir dans cette exclusion de la *successio graduum* un reste de la copropriété primitive de la *gens* (3). L'attribution des biens au plus proche agnat est, dans ce système, une concession faite aux idées nouvelles sur la propriété privée. Mais on n'appelle que le *proximus agnatus* ; s'il fait défaut, on rentre sous l'empire des règles de la propriété collective de la *gens*. — Nous ne pouvons nous rallier à ce système. Il semble, en effet, admettre que l'on a passé directement de la propriété collective de la *gens* à la propriété privée ; or nous avons montré qu'il y a nécessairement un degré intermédiaire, celui de la propriété de la communauté de famille.

La *gens* succède donc à défaut de tous agnats. La

(1) Gaius, III, 17.

(2) 3, 9, D. 26, 1.

(3) C'est l'opinion qu'enseignait M. Dubois.

gens, disons-nous, et non pas le *proximus gentilis* (1). En effet, en vertu de quel droit la *gens* vient-elle à la succession ? en vertu de son ancien droit de propriété ; ce droit, tous les *gentiles* l'invoquent à titre égal ; le partage s'est fait entre les familles qui composaient la *gens* ; les représentants, à quelque degré que ce soit, de ces familles primitives, ont le même droit. A un autre point de vue, l'existence d'un *proximus gentilis* ne peut même se concevoir ; tant que l'on pourra remonter de partage en partage, il y aura succession agnatique ; celle-ci ne cesse que lorsque la parenté ne peut plus être démontrée ; et dès lors il ne saurait y avoir de *proximus gentilis*. D'ailleurs les textes sont formels ; ils sont d'accord pour appeler les *gentiles* en bloc. C'est ce que l'on peut constater, par exemple, dans les deux textes de la loi des Douze-Tables et de Gaius, que nous avons rapportés plus haut.

Comment les *gentiles* venaient-ils à la succession ? Qui faisait l'adition et entraînait en possession des biens ? C'est ce qu'il est impossible de déterminer. A l'origine, c'était sans doute le *princeps gentis* ; mais cette fonction a disparue de bonne heure. Ne peut-on penser que c'est une semblable situation qui a donné naissance à l'*usucapio pro herede*, l'usucapant étant précisément un des *gentiles* appelés à la succession ? On voit immédiatement combien moins grave est l'entorse donnée à tous les principes civils et religieux. Le *gentilis* qui possède est en réalité appelé à

(1) Contrà : Acc. Précis II, p. 31.

la succession déférée à la *gens*, puisqu'il fait partie de cette *gens* ; il peut donc invoquer la copropriété primitive ; étant de la même famille que le défunt, il a aussi toutes les qualités requises pour continuer le culte des *sacra*. La seule dérogation apportée au droit commun est que celui qui possède l'hérédité la prend pour lui seul, dérogation qu'on peut souffrir à raison des avantages bien connus qu'offre l'existence d'un héritier. Que si, plus tard, un étranger quelconque a pu s'emparer de l'hérédité, c'est que, déjà au temps de Cicéron, le titre de *gentilis* n'a plus guère d'importance et que, dans la suite, il perd toute valeur. — Au reste, ce n'est là qu'une pure conjecture ; elle est peut-être de nature à expliquer l'introduction d'une institution aussi singulière que l'*usucapio pro herede*, mais ne comporte assurément pas de preuves directes.

§ II. *Vocation héréditaire des femmes.*

Recherchons maintenant si nous retrouvons dans le droit romain les restrictions apportées au droit de succession des femmes par la plupart des législations primitives.

On ne saurait affirmer que ces restrictions aient existé dans le droit des Douze-Tables, tel, du moins, qu'il nous est parvenu. Bien plus, les textes paraissent unanimes à déclarer que cette loi consacrait l'égalité des droits des deux sexes. C'est ce que Paul dit très-expressément (1) : *Feminæ ad hereditates legitimas*

(1) Paul : Sent. IV, 8, 22.

ultra consanguineorum successiones non admittuntur : idque jure civili Voconiana ratione videtur effectum. Ceterum Lex XII Tabularum sine illa discretione sexus agnatos admittit. Et Justinien confirme cette assertion de Paul, en ajoutant que l'incapacité des femmes a été introduite par une jurisprudence postérieure : *Media autem jurisprudentia, quæ erat lege quidem duodecim tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata, præfatam differentiam inducebat* (1).

Est-ce à dire que cette égalité des sexes ait existé de tous temps à Rome ? Il serait difficile de le soutenir. Nous constatons, en effet, dans le droit postérieur aux Douze-Tables, toute une série d'incapacités qui frappent les femmes en matière de succession. Si l'on en croit Paul, au passage précité, le point de départ de ces innovations se trouverait dans la loi Voconia (2). Cette loi vint interdire à tout testateur, dont la fortune constatée par le cens dépasserait cent mille as, d'instituer une femme comme héritière, ou de lui laisser des legs (3).

Cette incapacité s'étend même à la fille unique du disposant, lequel ne peut que lui laisser un legs restreint (4). La loi ne disposait donc qu'en matière

(1) J. III, 2, 3. — Voy. aussi : J. III, 1, 15. — Coll. leg. XVI, 4, 1. — C. 14, C. VI, 58.

(2) Voy. Acc. Précis I, p. 823. — Gide : Cond. privée des femmes, p. 165 et ss. — Fustel de Coul., p. 81 — Giraud : Dissert. sur la loi Voconia. Mémoires de l'Acad. des Sc. morales et polit., t. I du Rec. des savants étrangers, p. 559 et ss.

(3) Cic : De Rep., III, 10 — Gaius II, 274 — Cic : II, in Verr., I, 42.

(4) Cic. : De finib. II, 17 — II in Verr. I, 41 et 43. — S. Aug. : Civit Dei. III, 21.

de succession testamentaire ; en effet, la tutelle légitime des agnats, au cas de succession ab intestat, empêchait que les biens ne sortissent de la famille. Quand cette tutelle commença à perdre de sa rigueur primitive, la jurisprudence étendit les incapacités de la loi Voconia aux successions légitimes et exclut toutes femmes agnates, autres que les sœurs.

Nous ne pouvons croire que cette loi et que cette jurisprudence aient constitué une innovation dans le droit romain. Quelque graves que fussent les motifs invoqués par Caton, ils n'auraient pas triomphé s'il n'y avait pas eu des précédents et si la proposition de loi n'avait simplement été un retour partiel à l'ancien droit. Caton échoua lorsqu'il s'agit de mesures d'importance bien moindre, mais nouvelles ; nous voulons parler du maintien de la loi Oppia (1). A plus forte raison aurait-il échoué ici. Mais non ! il pouvait invoquer l'ancienne législation et montrer comment des mœurs plus pures en avaient été le résultat ; il pouvait légitimement demander le retour à ce passé qui, pour lui comme pour bien d'autres, était l'âge d'or. Conçoit-on d'ailleurs une interprétation extensive d'incapacités comme celles que la loi Voconia avait établies, si ces incapacités avaient répugné aux mœurs et aux traditions romaines ? Il faut y voir une réaction contre le droit nouveau consacré par les décemvirs. Le souvenir de l'ancien droit resta d'ailleurs bien longtemps vivant. C'est par lui qu'il faut expliquer les mesures diverses qui, distinguant entre

(1) Tite-Liv., XXXIV, 2 à 7.

les hommes et les femmes, créaient à ces dernières une situation défavorable ; et, par exemple, l'omission des filles dans le testament ne l'annulait pas (1) ; l'exhéredation des filles pouvait être faite *inter ceteros* (2), etc., etc.

SECTION II.

Les successions testamentaires.

Le principe de la copropriété familiale est incompatible avec la liberté du chef de la famille de disposer du patrimoine commun pour le temps où il ne sera plus. Cependant, si nous nous plaçons à l'époque classique, nous devons reconnaître qu'en principe ce droit existe pour le *paterfamilias*.

Comment cette situation a-t-elle pris naissance ; comment ce pouvoir exorbitant a-t-il été accordé, au mépris de toutes les idées anciennes ; voilà ce que nous devons maintenant examiner.

S'il est un événement redoutable pour les Romains de l'antiquité, c'est la mort sans héritiers, l'extinction de la famille que personne ne continue. Les croyances religieuses aussi bien que le désir très-naturel d'empêcher le patrimoine laissé par les ancêtres de tomber en des mains étrangères, contribuent à lui faire craindre une pareille conjoncture.

Le remède qui fut d'abord imaginé, ce fut, nous l'avons dit, l'adrogation, la création d'un descendant

(1) Gaius, II, 124.

(2) Gaius, II, 128, 132.

fictif tenant la place et jouissant des droits d'un héritier du sang.

Mais le moyen était insuffisant ; comme ses effets sont immédiats, on ne peut l'employer lorsque l'on a des héritiers ou lorsqu'on peut encore espérer d'en avoir ; l'on exige, à cet effet, que l'adrogeant ait un âge avancé. De là sorte, certaines situations se peuvent rencontrer auxquelles il ne peut être subvenu. Un citoyen, par exemple, n'a pas encore l'âge requis ; une maladie ou les dangers de la guerre lui font craindre de mourir sans héritiers ; il ne pourra pas faire d'adrogation, dans la rigueur du droit primitif.

N'était-il donc pas possible de concilier l'intérêt des enfants qui pouvaient naître avec la répugnance pour une mort sans héritiers ? ne pouvait-on permettre aux citoyens de faire une adrogation éventuelle, de désigner une personne pour entrer dans leur famille et la continuer au cas où ils mourraient sans enfants ? Les Romains l'admirent ; c'est cette opération nouvelle qui constitue le testament *calatis comitiis* ou *in procinctu* (1).

Ce n'est donc là pas autre chose qu'une adrogation faite sous condition, pour le moment de la mort. Deux fois par an le peuple est réuni dans ses comices par curies, et là il approuve les testaments qui lui sont proposés ; ou bien c'est l'armée réunie, à la veille de livrer bataille, qui ratifie les testaments de ses soldats.

(1) Gans : Das Erbrecht, II, p. 52 et ss.

Giraud : Rech. sur le droit de propriété, p. 263.

Rivier : Traité élémentaire des successions, p. 49.

Koentgswarter, op. cit. p. 98.

Dans les débuts le testament n'a pas de raison d'être lorsqu'il y a des héritiers du sang ; il est alors impossible. Plus tard, et toujours sous l'empire d'une même idée, on imagina de prévoir le cas où les enfants viendraient à décéder avant la mort de leur père ; celui-ci, poussant la précaution jusqu'à ses dernières limites, put alors se désigner un héritier venant à défaut de ses enfants. De là l'usage fréquent des substitutions vulgaires ou pupillaires.

Si maintenant nous cherchons à préciser les caractères que revêt ce testament primitif, nous constaterons que ce n'est là, en aucune façon, un acte de disposition du patrimoine ; le testateur désigne le continuateur de sa famille et ne viole en rien les principes qui résultent de la propriété collective de la famille. De plus, dans son principe, ce testament n'a pu se faire lorsqu'il y avait un descendant, et, par suite de la condition à laquelle ses effets étaient subordonnés, il perdait toute valeur lorsqu'il venait à survenir un pareil héritier.

Ce testament aurait pu subsister jusqu'à l'époque classique sans autre modification, sans doute, que celle qui s'était opérée pour l'adrogation, c'est-à-dire la substitution de 30 licteurs aux curies primitives. Pourtant, il n'en a rien été ; de bonne heure le testament calatis comitiis a disparu, et l'on se demande si l'époque de la loi des Douze-Tables l'a encore connu.

C'est que ce testament n'était pas accessible aux plébéiens. Les comices par curies sont les comices des patriciens ; seuls ces derniers y ont accès. Or l'intérêt est le même pour les plébéiens que pour les pa-

triciens, à ne pas mourir sans héritiers. Il fallut chercher pour les premiers, un moyen propre à aboutir à ce résultat. L'on s'avisa, lorsqu'on était à l'article de la mort, de transférer tout son patrimoine à celui qu'on avait choisi pour héritier : *si subita morte urgebatur*, dit Gaius (1), *amico familiam suam, id est, patrimonium suum mancipio dabat*... On voit immédiatement combien différente est la physionomie de l'opération ; le testateur ne nomme pas le continuateur de la famille ; il dispose de son patrimoine, il fait acte de maître. Ce caractère du testament mancipatoire s'accroît encore dans les transformations qu'il subit dans sa forme et qui mirent en relief l'acte de volonté que faisait le disposant. L'on chercha naturellement à assimiler ce testament au testament patricien. Ce dernier consistait en une loi ; on admit que la volonté du mancipant équivalait à une loi : *quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam*, lui dit le *familiæ emptor* (2). Le testament calatis comitiis entraînait un changement de famille ; on imposa au *familiæ emptor* l'obligation de prendre le nom du défunt et l'on considéra qu'il continuait sa famille, si bien qu'aux yeux des écrivains non jurisconsultes il y a là une véritable adoption. Les auteurs sont nombreux dont on peut citer, à ce sujet, les expressions caractéristiques.

Suétone (Jules César, 83) : *sed novissimo testamento tres instituit heredes, sororum nepotes, C. Octavium ex dodrante, et L. Pinarium et Q. Pedium ex qua-*

(1) II, 102.

(2) Gaius, II, 104.

drante reliquo : in ima cera C. Octavium etiam in familiam nomenque adoptavit. Cicéron (de Off. III, 18) : Cum Basilius M. Satrium sororis filium, nomen suum ferre voluisset, eumque fecisset heredem. Corn. Nepos (Attic. V) : Cæcilius enim moriens testamento adoptavit eum, heredemque fecit ex dodrante.

Suétone (Tib. VI) : *Post reditum in urbem a M. Gallio senatore testamento adoptatus, hereditate adita, mox nomine abstinuit, quod Gallius adversarum Augusto partium fuerat.*

De même que le testament *calatis comitiis*, et parce qu'il est un acte de disposition du patrimoine, ayant des effets immédiats, ce testament mancipatoire ne peut se faire qu'à défaut d'héritiers siens. Comme, au début, il ne se fait qu'aux approches de la mort, on n'a pas à prévoir le cas où un *suus heres* surviendrait. Ce n'est que plus tard, lorsque l'institution se fut généralisée, qu'on appliqua la règle du testament patricien qui donnait à cet acte des effets conditionnels et qui, d'autre part, ne produisait ces effets qu'au moment de la mort.

Le testament mancipatoire et ses dérivés, forment donc une institution mixte qui se ressent de son origine. C'est à la fois la désignation d'un continuateur de la famille et un acte de disposition du patrimoine. L'on admit tout ensemble que l'institution d'héritier était le *caput et fundamentum totius testamenti*, que la survenance d'un héritier du sang mettrait le testament à néant et que cependant le testateur pourrait dépouiller ses héritiers légitimes.

Nous n'avons pas à entrer dans l'examen des conséquences de cette double nature et à examiner les

mesures prises dans l'intérêt de la famille naturelle. Nous avons simplement voulu faire voir que, dans son origine, le testament romain n'a rien d'incompatible avec les principes fondamentaux sur la propriété de la famille, et que, dans cette matière comme dans toutes celles que nous avons examinées au cours de cette étude, le droit romain primitif ne s'est pas séparé des coutumes des autres peuples.



TABLE DES MATIÈRES

	Pagés.
INTRODUCTION.....	3
PREMIÈRE PARTIE. — La propriété collective.....	9
CHAPITRE I. — L'évolution concomitante de la famille et de la propriété.....	10
CHAPITRE II. — La propriété collective chez divers peuples.....	17
§ I. — Propriété collective de la tribu.....	17
§ II. — Les communautés de village.....	20
§ III. — La famille associée dans l'indivision...	21
CHAPITRE III. — La propriété collective à Rome..	24
SECTION I. — La propriété publique.....	24
§ I. — Les traditions.....	25
§ II. — Détermination de l'époque du partage par les écrivains.....	26
§ III. — Maintien d'une propriété publique dans les temps historiques.....	28
SECTION II. — La propriété collective de la gens..	29
§ I. — Constitution de la gens.....	29
§ II. — Territoire distinct occupé par la gens..	32
§ III. — Propriété de la gens sur ce territoire.	33
SECTION III. — La propriété collective de la famille agnatique.....	36
§ I. — Preuves directes.....	37
§ II. — Origine du contrat de société.....	40
SECTION IV. — La copropriété de la famille étroite.	42
§ I. — Participation des personnes en puissance aux droits exercés par le père..	44

§ II. — Capacité juridique de ces personnes. .	47
DEUXIÈME PARTIE. — L'influence de la propriété collective.....	50
CHAPITRE I. — Le droit des personnes.....	51
SECTION I. — Constitution de la famille.....	51
§ I. — Mariage.....	52
§ II. — Adoption.....	54
§ III. — Emancipation.....	57
SECTION II. — Tutelle et curatelle..	59
1) Personnes exerçant ces pouvoirs...	62
2) Biens qu'elles protègent.....	62
3) Actes exigeant leur intervention....	64
CHAPITRE II. — Le droit des choses	65
SECTION I. — Condition des biens.....	65
§ I. — Res Mancipi et Res nec Mancipi.....	66
§ II. — Condition des res Mancipi.....	70
SECTION II. — Droit des obligations	77
CHAPITRE III. — Le droit des successions.....	79
SECTION I. — Succession ab intestat.....	86
SECTION II. — Successions testamentaires.....	95



DES

ASSOCIATIONS COMMERCIALES

EN PARTICIPATION

INTRODUCTION

1. On dit que deux ou plusieurs personnes forment une association, lorsqu'elles conviennent de s'unir pour un but ou dans un intérêt commun.

Une société est une association ayant un objet d'intérêt juridique : c'est donc un contrat. D'une part elle suppose des apports fournis par chacun des associés, dans le but de constituer un fonds commun : d'autre part, elle se propose l'exploitation de ce fonds commun et le partage des bénéfices qui en résulteront.

2. La société implique, avons-nous dit, la formation d'un fonds commun. Cette idée a été contestée. Un auteur (1) pense que ce qui caractérise la société, c'est « la combinaison de forces, ou, en termes d'économie politique, de capitaux, destinés à être employés dans un intérêt commun, comme susceptibles de produire par leur réunion même, des résultats que l'action individuelle et isolée des associés serait im-

(1) P. Pont, Soc. comm., n° 1779, Cf. n° 58.

puissante à procurer..... Qu'importe, dès lors, la situation juridique des capitaux apportés, du moment qu'ils peuvent être employés dans l'intérêt de tous, et qu'ainsi peut être atteint le but en vue duquel l'association s'est formée. » Et plus loin : « Ce qui est nécessaire, c'est qu'il y ait des mises ou des apports destinés à être employés dans un intérêt commun. » Peu importe donc que les associés soient copropriétaires des apports, que ces apports appartiennent en totalité à l'un d'eux, ou qu'ils restent fractionnés entre les mains des associés.

3. Nous ne saurions nous ranger à cette manière de voir. On se heurte, ce nous semble à un texte formel, celui-là même qui définit la société. L'article 1832 dispose, en effet, que : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». Ce que veut la loi, c'est la formation d'une masse distincte, sur laquelle aucun des associés ne se réserve des droits exclusifs ; ce qu'exige expressément le texte, c'est la communication des apports. — On insiste cependant : on nous oppose l'exemple des sociétés commerciales ; là, point de communauté des apports, puisque ces apports constituent le patrimoine d'une personne morale distincte des associés. Nous répondrons qu'il n'en est pas moins vrai que chaque associé s'est dessaisi de son apport ; ils'en est dessaisi au profit d'une personne [morale, mais cette personne morale est une fiction juridique ; elle représente précisément l'ensemble des individus formés en société,

et, si sous cette fiction on cherche la réalité des choses, on aperçoit clairement qu'il y a eu communication des apports. Cela est si vrai, que cette réalité reprend tout son empire, lorsqu'à la dissolution de la société la personne morale s'est évanouie.

4. La loi distingue les sociétés en sociétés civiles et sociétés commerciales. Ce qui différencie ces deux espèces de sociétés, c'est leur objet, une société commerciale étant celle qui a pour objet des actes de commerce. L'intérêt de cette distinction résulte de ce que la loi commerciale soumet les sociétés de commerce à des règles particulières.

Tout d'abord elles les oblige à adopter l'une des trois formes visées par l'article 19 du Code de commerce. Une société commerciale sera ou bien une société en nom collectif, ou bien une société en commandite, ou bien encore une société anonyme. Chacune de ces trois espèces de sociétés a des caractères qui lui sont particuliers, outre ceux qui sont communs à toutes les trois.

Parmi ces derniers, nous ne voulons relever ici que deux règles concernant la formation de ces sociétés, et une troisième relative à leur nature même.

5. Les deux premières sont : 1^o l'exigence d'un écrit pour la constitution de la société, quelle que soit d'ailleurs la valeur de son objet ; 2^o l'établissement de certaines mesures de publicité destinées à faire connaître l'existence de la société aux tiers.

La troisième particularité des sociétés commerciales est qu'elles constituent toujours des personnes morales. Cela est reconnu par tout le monde. Sans

doute, il n'y a pas de texte formel ; mais, la tradition est constante, et la loi elle-même reconnaît force de loi aux usages commerciaux (art. 1873, C. civ.). — Bon nombre d'auteurs ont même voulu aller plus loin, et reconnaître la personnalité morale des sociétés civiles. Il n'entre point dans notre sujet d'examiner ici cette question. Contentons-nous d'indiquer, qu'à notre avis on ne saurait aller jusque-là. L'existence d'une personne morale constitue au droit commun une exception qui ne se peut justifier que par des dispositions légales, ou par des usages consacrés par une longue tradition. Aucune de ces deux conditions ne se trouve ici remplie.

6. Toute société de commerce, avons-nous dit, doit nécessairement adopter l'une des trois formes consacrées par l'article 19. Maintenue dans toute sa rigueur, appliquée à toutes les associations entre commerçants, cette exigence eut pu amener de graves inconvénients. Au moment de la rédaction du Code de commerce la pratique fournissait, en effet, de nombreux exemples d'une association particulière, dont la nature se rapprochait beaucoup de celle des sociétés, et qui avait pour objet des actes de commerce. C'était l'association commerciale en participation.

Dès avant l'ordonnance de 1673, elle était fort usitée. Cette ordonnance, cependant, n'en parlait point, et l'on agita, dans la doctrine, la question de savoir si la participation, dès lors, n'était pas prohibée. On admit la négative. Si le Code de commerce s'était tu à cet égard, la question se serait posée à nouveau. C'est pour couper court aux difficultés qu'elle eût

entraînées, comme aussi pour consacrer légalement une opération très-fréquente, que l'article 47 dispose que la loi reconnaît les associations commerciales en participation. Les indications de la loi sont d'ailleurs très-brèves, et l'on a remarqué avec raison, qu'elles équivalent à peu de choses près, au silence que gardait l'ordonnance de 1673 (1). Aussi de nombreuses difficultés ont-elles été soulevées à ce sujet, et des dissentiments se sont-ils produits, qui persistent, sur des points importants, dans la doctrine aussi bien que dans la jurisprudence.

7. En une matière où les dispositions de la loi sont d'un laconisme regrettable, les traditions et les usages commerciaux ont une importance considérable.

Nous devons donc rechercher tout d'abord quelles étaient, dans notre ancien droit, les règles appliquées à l'association en participation. Ce sera l'objet de notre premier chapitre.

Dans un second chapitre, nous examinerons quels sont, sous l'empire de la législation actuelle, la nature, les caractères de la participation, et quelles en sont les principales applications.

Notre troisième chapitre sera consacré aux conditions de validité et à la preuve de l'association.

Dans les deux chapitres suivants, nous étudierons les effets de l'association dans ses rapports avec les tiers, et dans les rapports qu'elle crée entre les associés.

Nous donnerons enfin, dans un appendice, quelques

(1) Delamarre et Lepoitvin, t. 3, p. 45.

notions sur les principales législations des pays étrangers.

Dans cette étude, d'ailleurs, nous nous attacherons surtout à bien établir les principes. La participation est susceptible de trop d'applications diverses, pour que ces applications puissent faire l'objet de notre examen ; il suffira à notre ambition d'avoir posé, d'une façon exacte, les règles générales qui devront servir à résoudre les cas particuliers.

CHAPITRE PREMIER

La participation dans l'ancien droit.

8. Ce n'est pas dans la jurisprudence et les auteurs italiens qu'il faut chercher des règles précises et exactes sur l'association en participation. On y confondait, sous le nom de *accommoda*, la participation d'une part, la commandite d'autre part. Non pas que l'une et l'autre fussent soumises à tous égards aux mêmes règles : c'est ainsi que Straccha affirme qu'il n'y a aucune différence entre un associé et un particeps (entendant par ce terme le commanditaire), et donne au tiers une action contre ce dernier (1) ; au contraire, le cardinal de Luca, se référant à une association du genre de notre participation, décide que « Participes nec convenire, nec conveniri possunt (2). » Mais dans l'un et l'autre cas il s'agit d'une accom-

(1) Straccha Decis 14, n^{os} 21, 23.

(1) Card. de Luca, Discurs. 27.

manda, c'est-à-dire d'une association soumise à l'exigence de la publicité, exigence contraire à la nature même de la participation telle que nous la concevons aujourd'hui.

9. Si du droit italien nous passons au droit français, nous devons constater que ce n'est que dans les auteurs qui ont écrit après l'ordonnance de 1673, que l'on trouve enfin une notion exacte de l'association en participation que l'on appelait alors *société anonyme*, et la constatation de son existence en tant que société distincte. Ce résultat n'était pas dû à l'ordonnance de 1673 : il est en effet remarquable qu'elle garde un silence complet à ce sujet. Ce silence ne pouvait être le résultat d'un oubli, car la participation était trop fréquente alors déjà, pour n'avoir pas attiré l'attention du législateur. Aussi des auteurs soutinrent-ils que, par cela même que l'ordonnance ne parlait pas de la participation, celle-ci se trouvait interdite. C'est l'opinion d'Argou : « Nous ne parlerons point ici, dit cet auteur, d'une espèce de société qu'on appelle anonyme, qui ne se fait sous aucun nom ; mais tous les associés travaillent chacun sous leur nom particulier, sans que le public soit informé de leur société, et ils se rendent ensuite compte les uns aux autres des profits et des pertes qu'ils ont faites dans leur négociation ; elles sont réprouvées par l'ordonnance, à cause des abus qu'elles causent dans le commerce (1). »

Ce système ne rencontra pas de faveur ; il avait,

(1) Institutions au droit français, liv. III, chap. 32.

en effet, contre lui l'autorité d'un des rédacteurs de l'ordonnance, Savary (1). Le silence de l'ordonnance s'expliquait par d'autres raisons : la participation était occulte, de sa nature ; ignorée des tiers, ne leur important en aucune façon, point n'était besoin de la soumettre à des mesures de publicité. Or c'est surtout en vue de cette publicité que l'ordonnance s'occupe des sociétés de commerce, afin de garantir les intérêts des tiers ; on conçoit fort bien qu'elle ait négligé une association qui précisément ne se révélait pas aux tiers.

10. Qu'était-ce donc que cette société anonyme ? Savary (2) va nous le dire : « La troisième (espèce de société) est celle que l'on appelle anonyme, c'est-à-dire qui ne se fait sous aucun nom. Ceux qui font ces sociétés travaillent chacun de leur côté sous leurs noms particuliers, pour se rendre raison ensuite l'un à l'autre, des profits et pertes qu'ils ont faits dans leur négociation..... »

Il reste maintenant d'expliquer la troisième sorte de société que l'on appelle anonyme, qui se fait aussi parmi les marchands et négociants : elle s'appelle ainsi, parce qu'elle est sans nom, et qu'elle n'est connue de personne, comme n'important en façon quelconque au public ; tout ce qui se fait en la négociation, tant en l'achat qu'en la vente des marchandises, ne regarde que les associés chacun en droit soi, de sorte que celui des associés qui achète est celui qui s'oblige et qui

(1) Parfait négociant, II^e partie, liv. I, chap. I.

(2) Loco citato.

paye au vendeur : celui qui vend reçoit de l'acheteur ; ils ne s'obligent point tous deux ensemble envers une tierce personne, il n'y a que celui qui agit qui est le seul obligé, ils le sont réciproquement l'un envers l'autre, en ce qui concerne cette société. Il y en a qui sont verbales, d'autres par écrit, et la plupart se font par lettres missives que les marchands s'écrivent respectivement l'un à l'autre ; les conditions en sont bien souvent brèves, n'y ayant qu'un seul et unique article, et elles finissent quelquefois le même jour qu'elles sont faites. »

11. La société anonyme ainsi caractérisée, Savary nous avertit qu'il y en a quatre espèces. La première est le compte en participation : un négociant de Marseille où vient d'arriver un navire chargé de marchandises, offre à un négociant de Paris de participer dans l'achat et la vente d'une partie des marchandises. Le second négociant envoie son acceptation et indique la part qu'il veut prendre dans les profits ou pertes. « Le négociant de Paris n'est point obligé envers le maître du navire ou le marchand à qui les marchandises appartiennent, pour celles que le marchand de Marseille aurait achetées de lui, de sorte que s'il ne lui avait point payé le prix, et qu'il vint à faire faillite, il n'aurait aucune action à l'encontre de lui. La raison en est que le négociant de Marseille agit seulement en son seul et privé nom, avec celui qui lui vend les marchandises, lequel il reconnaît pour son seul et unique débiteur..... Et cette société anonyme ou en participation ne regarde point le public ; mais seulement les deux associés ; aussi n'est-il point

nécessaire de faire enregistrer les conditions portées dans les lettres qui donnent la forme à ces sortes de sociétés. »

La seconde espèce de société anonyme a lieu quand les marchands, pour ne pas aller sur les marchés les uns des autres, conviennent de s'associer pour l'achat des marchandises qu'ils partageront entre eux, chacun faisant ses achats en particulier. « Le marchand vendeur n'a pourtant pour cela aucune action ni personnelle ni solidaire contre celui des associés qui n'a point acheté ; la raison est qu'il a seulement suivi la bonne foi de l'associé, qui a acheté de lui, et non de l'autre, qui lui était alors inconnu (1). »

La troisième espèce de société anonyme est celle des marchands vendeurs qui accaparent toutes les marchandises des autres petits marchands et y mettent alors tel prix de vente qu'il leur plait.

Enfin, la quatrième sorte est celle qui se fait entre des marchands qui, voyant, par exemple, que les blés sont très-chers en France, et qu'ailleurs il y en a en abondance, s'associent pour en acheter et les faire venir en France.

12. Laissons de côté cette classification qui n'a pas d'importance juridique et repose sur de pures circonstances de fait : voyons de plus près quels étaient les caractères essentiels de la société anonyme et quelles règles régissaient les rapports des associés soit avec les tiers, soit entre eux.

Des explications de Savary il résulte que le carac-

(1) Savary, Parère 65.

tère essentiel de la société anonyme est qu'elle n'est connue de personne ; tout est individuel, chaque associé agit en droit soi et doit simplement tenir compte à l'autre des profits et pertes. C'est ce qu'on a appelé depuis le caractère *occulte* de la participation.

A côté de ce trait distinctif, Savary indique que les sociétés anonymes se concluent souvent très-rapidement et finissent parfois le même jour qu'elles sont faites. Mais ici c'est bien plutôt la constatation d'un état de fait que d'une condition juridique que relève l'auteur. On peut donc admettre que deux éléments caractérisent la société anonyme : un élément de droit, le caractère occulte ; un élément de fait, la brièveté des opérations.

13. Ces deux points sont indiqués par les auteurs qui ont suivi Savary. Voici ce que dit Jousse à cet égard : « La troisième espèce de société est celle qu'on appelle anonyme, c'est-à-dire qui ne se fait sous aucun nom. Ceux qui font ensemble cette société travaillent chacun de leur côté sous leur nom particulier, et ils se rendent réciproquement compte les uns aux autres des profits et des pertes qu'ils ont faites, qu'ils partagent et supportent en commun. — Ces sociétés sont le plus souvent verbales, et, comme elles n'ont quelquefois pour objet qu'une seule entreprise, elles ne durent que le temps qu'il faut pour faire l'achat, ou la vente, ou le partage, ce qui fait aussi qu'elles sont appelées *sociétés momentanées* (1). »

La même théorie est exposée par Toubeau (2) : « La

(1) Jousse, commentaire sur le tit. IV de l'ord. 1673.

(2) Institutes du droit consulaire, liv. II, tit. 3.

troisième (espèce de société), que l'on nomme *participe* ou anonyme, se fait sans qu'aucun y donne son nom, chacun y travaillant de son côté, en particulier, et se rendant réciproquement compte les uns aux autres des profits et des pertes qu'ils partagent et supportent ».

C'est aussi ce que dit Bornier (1) : « Il y a une autre société qu'on appelle en termes mercantiles, anonyme ou momentanée, qui est lorsque deux marchands mettent en commun leur argent pour acheter en foire une certaine marchandise, et que l'un entre les mains duquel il est mis se charge de faire les achats, et qu'après qu'ils sont faits ils partagent la marchandise ; en ce cas le vendeur de la marchandise n'a point d'action contre celui qui ne s'est pas mêlé de l'achat, parce qu'il a suivi seulement la bonne foi de celui qui l'a achetée de lui, et non pas celle de l'autre qui lui était inconnu, et que cette société ne dure qu'autant de temps qu'il en faut pour acheter et partager les marchandises, et c'est pour cela qu'elle est appelée *momentanée* ». Nous citerons enfin la définition que donne Pothier : « La société anonyme ou inconnue qu'on appelle aussi *compte en participation*, est celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'entre elles en son nom seul (2). »

(1) Conférence des ordonnances de Louis XIV avec les anciennes ordonnances (sur le titre IV de l'ord. 1673).

(2) Contrat de soc. n° 61.

14. Peut-être ces extraits paraîtront-ils un peu longs, mais il nous a paru indispensable de laisser la parole aux auteurs mêmes dont nous invoquons l'opinion, afin de ne permettre aucune incertitude sur leur témoignage. Il nous semble qu'il résulte de ces citations cette conclusion certaine : qu'aux yeux de nos anciens auteurs l'élément de beaucoup le plus important de la participation, c'est l'élément de droit, c'est le caractère occulte. La brièveté des opérations la nécessité de la détermination de la négociation à entreprendre ne sont indiquées qu'accessoirement. C'est là un point important que nous aurons occasion de rappeler plus tard.

15. C'est dans les rapports des associés avec les tiers que ce caractère occulte manifeste toute son importance. Les tiers ne connaissent que celui des associés avec lequel ils ont traité ; partant on ne saurait leur donner aucune action pour rechercher les participants cachés et les obliger au paiement de la dette. « Il n'y a que celui qui fait l'achat des marchandises, qui soit obligé envers le vendeur originaire et le correspondant ne l'est point ; en sorte que si cet acheteur venait à tomber en faillite, le vendeur originaire n'aurait aucun recours contre le correspondant qui n'a point traité avec lui (1). » C'est ce que constate aussi Savary dans un passage que nous avons rapporté plus haut : c'est ce qu'il confirme dans un de ses parères : « Le marchand vendeur n'a pourtant pour cela aucune action ni personnelle ni solidaire contre

(1) Jousse, loc. cit.

celui des associés qui n'a point acheté : la raison est qu'il a seulement suivi la foi de l'associé qui a acheté de lui, et non de l'autre, qui lui était inconnu (1). » Enfin Pothier, comparant la participation à la société en commandite, établit le rapprochement suivant :

« La société anonyme convient avec la société en commandite, en ce que dans l'une et dans l'autre, il n'y a que l'un des associés qui contracte et qui s'oblige envers les créanciers de la société ; l'autre associé, qui est l'associé inconnu dans les sociétés anonymes, de même que l'associé en commandite, n'y sont obligés que vis-à-vis de leur associé principal. (2). »

16. Les créanciers ne pouvant poursuivre l'associé inconnu, il était logique de décider que celui-ci ne pourrait agir contre les débiteurs de la société. Ici encore l'accord est unanime ; contentons-nous de citer le passage suivant de Jousse (3). « Il en est de même de la vente des marchandises ainsi achetées en commun ; il n'y a que celui des associés qui les a vendues, qui ait action contre les acheteurs pour avoir le paiement, et l'autre associé n'a aucun recours contre eux ; en sorte que si celui qui a vendu ces marchandises venait à faire faillite, l'autre associé, pour raison de ce qui lui est dû par la société, serait tenu de perdre, et de venir à contribution comme les autres créanciers sur le prix des marchandises vendues, sans avoir plus de privilège qu'eux. »

(2) Parère, 65.

(3) Contrat de soc. n° 61.

(4) Loco citat.

17. Les rapports des associés entre eux, se bornent à un compte des bénéfices et des pertes résultant des opérations entreprises. Au sujet de cette obligation de contribuer aux pertes, il faut noter une importante différence avec la société en commandite, comme aussi avec l'accommoda italiana. Pothier la signale en ces termes (1) : « Ces associés diffèrent en ce que dans la société anonyme l'associé inconnu est tenu indéfiniment, pour la part qu'il a dans la société, d'acquitter son associé des dettes qu'il a contractées pour la société ; au lieu que l'associé en commandite n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a mise en société ». Il résulte aussi du passage de Jousse que nous avons rapporté plus haut, que l'associé inconnu ne jouit d'aucun privilège pour le recouvrement de sa créance contre son associé.

18. Telles sont les règles qui régissaient l'association en participation dans notre ancien droit ; telles sont les traditions en présence desquelles se trouvaient les rédacteurs du Code et qu'ils n'ont fait que consacrer. C'est le résultat de leur œuvre que nous devons maintenant examiner, en recherchant tout d'abord, dans le chapitre suivant, quels sont aujourd'hui la nature, les caractères distinctifs et les principales applications de l'association en participation.

(1) Cont. de soc. n° 61.

CHAPITRE II

Nature, caractères distinctifs et principales applications de la participation.

SECTION I. — *Nature de la participation.*

SECTION II. — *Caractères distinctifs.*

SECTION III. — *Applications.*

SECTION I.

Nature de la participation.

19. Tout d'abord la convention dont nous nous occupons est une association : elle unit deux ou plusieurs personnes dans un intérêt commun. Il en résulte qu'elle est essentiellement faite *intuitu personæ*. Il en résulte aussi que la bonne foi et l'équité devront tout particulièrement être prises en considération.

20. Cette association a pour objet le partage des bénéfices ou des pertes résultant des opérations en vue desquelles elle a été faite.

Ces opérations doivent être des actes de commerce ; par suite, la participation est soumise à toutes les règles qui s'appliquent aux contrats commerciaux, notamment en ce qui concerne la compétence des tribunaux de commerce et la preuve des conventions intervenues. Il suffit que l'objet soit un acte de commerce pour que l'association soit commerciale ; point n'est besoin qu'elle soit faite entre commerçants. D'ailleurs, la commercialité des affaires entreprises sera appréciée d'après les principes généraux.

21. Une difficulté s'est élevée sur ces points. Elle concerne ces participations, fréquentes dans la pratique, qui sont conclues pour l'achat d'un certain nombre de marchandises, acquises séparément par les associés et que ceux-ci répartissent ensuite, en nature, entre eux (*revidage*).

On a soutenu qu'il n'y avait point là d'association commerciale en participation. D'abord, on se propose le partage d'objets en nature et non la répartition de bénéfices. Puis il n'y a pas là d'acte de commerce : l'article 32 ne considère comme acte de commerce que l'achat fait pour revendre ; ici l'association a été simplement faite pour acheter (1).

Ces objections ne sont que spécieuses. Il est impossible de nier qu'en répartissant les objets en nature on répartit un bénéfice résultant de l'opération entreprise. D'autre part, il n'est point nécessaire que l'association même ait eu pour objet la revente ; il suffit que chaque participant se propose de revendre les choses qui lui sont attribuées.

La participation sera commerciale toutes les fois que l'opération qu'elle se propose de faire, constitue un acte de commerce pour chacun des associés (2).

22. L'association en participation est évidemment un contrat à titre onéreux. Elle implique une mise, un apport de la part de chaque associé. En ce qui concerne la nature de ces apports on appliquera les règles du contrat de société, règles fondées sur

(1) Malepeyre et Jourdain, p. 262.

(2) Colmar, 4 déc. 1839, S. 37, 1, 897.

l'équité, et d'une application toute générale. L'apport pourra d'ailleurs consister dans le simple engagement de participer aux pertes, s'il y en a.

23. De ce qui précède, il résulte donc que l'association est un contrat à titre onéreux, par lequel deux ou plusieurs personnes se réunissent pour partager les pertes ou les bénéfices devant résulter d'opérations de commerce, en vue desquelles chacune de ces personnes fait une mise.

Cette définition convient également à toutes les sociétés de commerce. Il nous faut indiquer maintenant quels sont les éléments qui séparent la participation des sociétés de commerce ordinaires. Il nous faudra même aller plus loin, et montrer que la participation n'est pas une véritable société. Notre seconde section se subdivisera donc naturellement en deux paragraphes.

SECTION II.

Des caractères distinctifs de la participation.

§ I.

24. On conçoit aisément l'intérêt qu'il y a à préciser l'élément qui sépare la participation des sociétés de commerce. L'association en participation se distingue, en effet, des sociétés commerciales sous un très-grand nombre de rapports. Elle s'en sépare tant au point de vue des règles de la publicité et de la preuve, qu'au point de vue de la personnalité morale et des obligations des associés envers les tiers. Nous verrons même qu'elle n'est pas une véritable société. Lors donc

qu'on se trouve en présence d'une association, il importe d'en connaître la nature.

Un acte d'association, par exemple, n'a pas été publié : est-ce une société véritable qu'on a entendu faire ? la convention est nulle ; elle est valable, tout au contraire, si c'est une participation.

25. Nous avons vu que deux caractères signalaient l'association en participation dans l'ancien droit : d'une part, sa nature occulte ; d'autre part, la simplicité, la détermination, la brièveté de ses opérations. Sous l'empire du Code actuel une opinion qui a trouvé des partisans considérables dans la doctrine et la jurisprudence, prétend que c'est à ce dernier trait qu'il faut surtout s'attacher, et qu'avant toutes choses il faut envisager la nature des opérations entreprises. C'est cette doctrine qu'il nous faut maintenant examiner.

26. Les auteurs qui soutiennent ce système tirent argument d'abord de l'ancien droit, puis de l'intention du législateur manifestée dans les travaux préparatoires, enfin du texte même de la loi.

Les précédents historiques, nous les avons constatés nous-mêmes, et nous venons de les rappeler. Nous avons admis qu'en effet, dans notre ancien droit, on relevait la nature des opérations de la participation. Mais nous avons dit aussi que l'on s'attachait surtout à ce caractère, que l'association en question est ignorée des tiers. Nous ne reviendrons plus là-dessus.

27. Passons aux travaux préparatoires.

C'est d'abord, dans la séance du 15 janvier 1807, M. Defermon qui expose « qu'il conviendrait de ren-

dre plus exactes les définitions contenues dans l'art. 41 (du projet), afin qu'on ne pût jamais confondre la société en participation avec la société ordinaire. Il faudrait dire qu'indépendamment des sociétés énoncées dans cet article, la loi reconnaît encore la société entre plusieurs personnes pour une seule affaire (1). »

Dans la séance du 14 février 1807 (2), M. Regnaud de St-Jean-d'Angely constate « qu'il s'agit dans l'article 20 (du projet) de sociétés formées pour une suite d'opérations, et que la société en participation n'est qu'une association pour une affaire d'un moment. » C'est aussi ce qui résulte des observations du Tribunal (3). « L'association en participation n'est qu'un marché d'un moment, relatif à quelque opération passagère, et en cela elle diffère de la société dont le lien plus durable forme entre les associés une communauté d'intérêts continus. »

Dans l'exposé des motifs fait au corps législatif par le conseiller d'Etat Regnaud, on lit que : « La société en participation n'étant qu'un acte passager qui s'applique à un objet unique, et ne repose pas sur les mêmes bases, ne peut avoir les mêmes résultats que les trois autres genres d'associations (4). »

Enfin nous terminerons cette énumération déjà longue, en mentionnant le discours prononcé au corps législatif par le tribun Jard-Pauvillier (5). Voici ce que dit l'orateur du Tribunal : « Comme cette asso-

(1) Loaré, législ. civ., t. XVII, p. 193, n° 12.

(2) Ibid., p. 258, n° 21.

(3) Ibid., p. 309, n° 18.

(4) Ibid., p. 350 n° 7.

(5) Ibid., p. 361, n° 5.

ciation n'est que momentanée, qu'elle n'a pour objet qu'une ou un petit nombre d'opérations déterminées, et qu'elle se règle par les conventions des parties, elle n'est point sujette aux formalités prescrites pour les autres sociétés. »

28. Il est impossible de méconnaître que les rédacteurs du Code paraissent en effet s'être attachés à la nature de l'opération. C'est assurément l'argument le plus considérable que puisse présenter l'opinion que nous exposons. Au reste, ce n'est pas seulement l'intention du législateur, c'est encore le texte même de la loi que l'on invoque. L'article 48, définissant les associations en participation, dispose à cet égard que « ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce. »

29. La conclusion qui s'impose donc, au dire des partisans de ce système, c'est que, pour distinguer la participation des autres sociétés, l'on devra s'arrêter, non pas à la constitution de la société, non pas à son mode d'action, mais uniquement à son objet : si cet objet comporte seulement une ou plusieurs opérations déterminées, il y a participation ; s'il comprend une série indéterminée d'affaires, l'exercice d'une industrie par exemple, l'existence d'une pareille association ne saurait être admise (2).

30. Un assez grand nombre d'arrêts ont adopté cette

(1) Delangle, Soc. comm., t. II, n° 592. Molinier, Dr. comm., n° 575. Bravard et Demangeat, Dr. comm., t. I, p. 373. Pardessus, Dr. comm., t. III, n° 1046. Malepeyre et Jourdain, Sociétés commerciales, p. 260. Dans une certaine mesure, Paul Pont, Société comm., n° 1790.

doctrine. C'est ainsi que la Cour de Poitiers a décidé que des ouvriers ayant formé une société dont l'unique objet était la fabrication et la vente d'une pompe propre à soutirer le vin, n'étaient qu'associés en participation, bien qu'ils eussent adopté une raison sociale. « Attendu, dit la Cour dans ses considérants, qu'une telle société, quoique faite sous une raison sociale, ne présente point les caractères constitutifs d'une société en nom collectif ; que pour déterminer l'espèce d'une société, on doit considérer l'objet pour lequel elle a été contractée, quelles que soient les clauses et les stipulations insérées dans l'acte qui la constitue ; attendu que celle dont il s'agit, n'ayant pour objet entre ouvriers qu'un acte passager ; qu'une convention qui s'applique à un objet unique, à une seule opération déterminée, ne peut être regardée que comme une société en participation... (1). »

Dans le même sens, la Cour de Colmar a jugé qu'une société contractée sans durée déterminée, pour le commerce des bestiaux, devait être considérée non comme une participation, mais comme une société en nom collectif (2).

Plus récemment, la Cour de Douai s'appropriait les motifs d'un jugement du tribunal de commerce de Lille, ainsi conçus : « Attendu que les caractères spéciaux de la société en participation sont de n'être qu'un acte passager, de n'avoir pour objet qu'une ou plusieurs opérations commerciales déterminées à

(1) Poitiers, 11 mai 1825, S. 26, 2, 77.

(2) Colmar, 25 février 1840, D. R. V^o Soc. n^o 1606.

l'avance; que X. devait se livrer à toutes les opérations qui constituent le commerce des fils, qu'on avait même prévu qu'il pourrait y joindre le commerce des biens; qu'une telle convention est entièrement le propre d'une société, soit en nom collectif, soit en commandite, et n'a pas la précision, ni la limite dans son objet et sa durée qui sont les caractères spéciaux de la société en participation, etc... (1). »

31. Ce système, qui avait trouvé une grande faveur dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du Code de commerce, est aujourd'hui abandonné par l'unanimité des auteurs et la plupart des arrêts. Deux raisons principales justifient ce revirement. Il nous semble que, d'une part, la doctrine de ce système n'est pas juridique; que, d'autre part, elle ne tient pas suffisamment compte de la pratique commerciale.

32. Et d'abord, est-il exact de voir dans la multiplicité des opérations que se propose de faire une association, un caractère juridique propre à différencier cette association de toute autre? Y a-t-il là une situation juridique spéciale motivant l'application de règles particulières? Le législateur, en vue de protéger les intérêts des tiers, a fixé les garanties que les sociétés ordinaires doivent présenter au public, et déterminé les moyens de lui faire connaître ces garanties. L'application de cet ensemble de dispositions législatives ne peut dépendre de cette pure circons-

(1) Douai, 3 fév. 1875, D. P. 77, 2, 140. Voyez dans le même sens : Chambéry, 11 fév. 1880, S. 81, 2, 237. Trib. de Sancerre, 6 mai 1874, D. P. 76, 1, 173. Pau, 1^{er} juin 1864, D. 67, 1, 225. Bordeaux, 6 fév. 1849, D. P. 51, 2, 229, et les arrêts cités au répertoire de Dalloz, V^o Soc, n^o 1605 et ss.

tance de fait, que l'objet de l'association est plus ou moins restreint, quelles que soient d'ailleurs les apparences sous lesquelles la société s'est présentée aux tiers. Ainsi donc, en nous plaçant d'abord au point de vue législatif, nous sommes amenés à reconnaître que le caractère dont nous nous occupons n'a rien de juridique.

33. Même conclusion si nous examinons les conditions auxquelles doit satisfaire un critérium destiné à distinguer un contrat d'un autre. Dans son essence, il doit être tel que, les faits étant bien constatés, on puisse dire, dans presque tous les cas, que le caractère qui sert de critérium, existe ou n'existe pas. On ne répond certes pas à ces exigences, lorsqu'on propose d'envisager la nature des opérations de l'association. Les divergences multiples que nous offrent les arrêts en sont la preuve. Citons quelques exemples :

Un arrêt de la Cour de Paris a décidé qu'on ne pouvait voir une participation dans une association ayant pour objet l'exploitation d'un privilège théâtral (1). Mais la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 juillet 1825 (2), constate qu'une association formée pour l'exploitation d'une maison de bains a pu et dû être considérée comme une participation. Le 31 août 1831 (3), la Cour de Bordeaux juge qu'on ne saurait voir une participation dans une entreprise de transports par bateaux à vapeur formée pour plusieurs années. Cependant 10 années plus tard, la même

(1) Paris, 29 janvier 1841, D. R. n° 1606.

(2) S. 1825, 1, 150.

(3) S. 32, 2, 19.

Cour admet qu'il y a une association en participation dans l'association formée pour l'achat d'un bateau à vapeur dans le but de l'employer au transport des passagers (1).

Ces contradictions se conçoivent aisément. Comment tracer la limite exacte qui séparera plusieurs opérations de commerce, d'une série de pareilles opérations? A quel moment précis dira-t-on d'une personne qui se livre à des entreprises isolées et successives, qu'elle « fait le commerce »? On a bien essayé de préciser la différence qui sépare les deux situations (2). « Les juges, dit-on, peuvent donc s'arrêter à ce point : chaque fois qu'ils verront que les parties sont convenues de faire ensemble une ou plusieurs affaires déterminées, dont l'objet existe au moment de leur convention, encore bien que le développement de ces affaires et la mise à fin de l'entreprise puissent et doivent créer une succession de négociations et d'opérations futures, ils pourront y voir une simple association en participation. Lorsqu'au contraire ils verront que ce n'est point telle ou telle opération isolée ou déterminée qui a été le but de la réunion, mais une série d'affaires qui n'étaient point nées ou ne pouvaient pas être prévues alors ; en un mot, qu'au lieu d'opérations certaines et envisagées par les parties, elles ont projeté de se livrer soit pendant un temps déterminé, soit jusqu'à ce qu'il plaise à l'une d'elles de se retirer, aux opérations qui se présenteraient pendant le temps de leur réunion, ils peu-

(1) Bordeaux, 14 mai 1841, J. P. 41, 2, 540.

(2) Pardessus, tome III, p. 174.

vent en conclure qu'une société a été contractée. »

L'auteur que nous venons de citer exige donc une condition de plus : il veut que l'objet des opérations soit né dès à présent, *ou que tout au moins il ait été prévu* au moment de la formation du contrat. Nous soulignons les mots qui précèdent, car le correctif enlève précisément toute certitude au critérium supplémentaire que l'on veut introduire. Quand dira-t-on que l'objet était prévu, ou qu'il ne l'était pas ? Une société quelconque n'a-t-elle pas pour objet des opérations qui sont entrées dans les prévisions de ses fondateurs ? On reste donc dans le vague ; et si bien, qu'on arrive à conclure « que la distinction entre une association en participation et une société en nom est laissée à l'appréciation des tribunaux (1) ». Cet aveu d'impuissance est caractéristique et condamne le système.

34. Les contradictions singulières que nous avons relevées dans les arrêts ne sauraient cependant nous arrêter, s'il fallait considérer comme décisif l'argument que l'on tire de l'intention du législateur. Nous reconnaissons bien volontiers que les rédacteurs du Code, d'accord avec les auteurs qui les avaient précédés, n'ont envisagé la participation que comme s'appliquant à des affaires isolées et momentanées. Mais nous pensons aussi qu'ils n'ont vu là qu'un état de fait. C'est sous cette forme que la participation leur apparaissait dans la pratique ; c'est à elle seule qu'ils se sont référés. Est-ce à dire qu'ils aient entendu

(1) Pardessus, p. 177.

interdire toute association en participation ayant pour objet une suite d'opérations continues ? Evidemment non, car ils n'ont pas même entrevu l'hypothèse. Quelle est alors la situation ? Celle-ci : c'est que nous nous trouvons en présence d'un état de choses qui s'est modifié depuis la rédaction du Code. Aujourd'hui la participation n'est plus restreinte à des objets isolés ; elle s'est étendue, elle a embrassé des opérations multiples. Il y a eu, de la sorte, une extension des dispositions du Code à des hypothèses non prévues par lui. Cette extension, qui résulte des usages du commerce, serait-elle illicite ? On ne saurait le soutenir, si l'on tient compte de l'importance considérable que les usages doivent avoir et ont de par la loi même, en matière commerciale. Il faut, à cet égard, s'en rapporter à ce que disait l'un des rédacteurs du Code dans les discussions mêmes relatives à notre matière. Dans la séance du 15 janvier 1807 (1), Cambacérès posait ce principe que « dans un Code de commerce il convient d'éviter les règles trop précises. Sans cette précaution la loi manquera souvent son effet. On abusera, dans l'usage, de la doctrine que le Code aura établie. Les véritables règles du commerce sont celles de la bonne foi et de l'équité ; il faut bien se garder de les affaiblir par des règles trop positives qui, dans beaucoup de circonstances, en gênent l'application. L'art, dans les lois de cette espèce, est de poser des principes féconds en conséquences, et qui, dans l'exécution, ne résistent jamais à l'équité. » On ne saurait

(1) Locré, p. 194.

mieux dire, et l'on doit reconnaître que ce n'est pas interpréter sainement une loi commerciale que de s'attacher strictement à ses termes, alors surtout qu'aucune considération sérieuse ne justifie une interprétation restrictive. Au reste, l'on ne saurait méconnaître que les termes de nos textes sont très-vagues, et trop élastiques pour prêter un appui solide à l'opinion adverse. Bien plus, le législateur a inscrit dans le même article 48 un principe qui écarte tout ce que l'on voudrait tirer des premiers mots de ce texte ! « Elles ont lieu, dit la suite de l'article, pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêts, et aux conditions intervenues entre les participants. » On ne saurait poser en termes plus positifs le principe de la liberté absolue des parties pour tout ce qui concerne l'objet de l'association (1).

35. Nous avons déjà constaté qu'aujourd'hui la jurisprudence admet, en général, que l'association en participation peut s'appliquer à une longue série d'opérations. Nous citerons à ce sujet un excellent arrêt de la Cour de Rennes. Dans l'espèce, plusieurs maisons de roulage de Rennes avaient formé une association en participation en vue d'exploiter toute les routes aboutissant à Rennes. La durée de l'association avait été fixée à quinze années. La Cour, par un arrêt du 28 janvier 1856 (2) reconnut la validité de cette asso-

(1) Bédarrides, Soc. comm., t. II, n° 43. Alauzet, Dr. comm., t. I, p. 550. D. R. n° 1610. Delamarre et Lepoitvin, t. III, p. 45. Massé, t. III, p. 488. Troplong, Soc. I, p. 462. Boistel, Dr. comm. p. 253. Rousseau, Soc. comm., n° 1724. Vavas seur, Soc., t. I, n° 314. Lyon-Caen, Précis de Dr. comm., n° 522.

(2) S. 57, 2, 13.

ciation par les motifs suivants : « Considérant que le Code de commerce, après avoir déclaré (art. 19) qu'il reconnaît trois espèces de sociétés commerciales dont il définit les caractères, et dont il détermine les conditions d'existence, ajoute (art. 47) qu'il reconnaît en outre des associations commerciales en participation qu'il dispense (art. 50) des formalités prescrites pour les autres sociétés et dont il abandonne (art. 48) les objets, les formes et les conditions à la liberté des conventions ; considérant qu'en admettant même que, dans la pensée du législateur comme dans les habitudes du commerce, ce dernier mode d'association dût s'appliquer plutôt à des opérations commerciales déterminées à la fois dans leur nature et dans leur nombre, qu'à une série indéfinie d'actes commerciaux, limitée seulement par la durée même de la société, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il faille trouver là le caractère essentiel qui distingue la société en participation des trois autres genres de sociétés commerciales ; que, si telle eût été la volonté du législateur, il l'eût exprimée dans un langage qui eût pu facilement devenir plus précis et plus restrictif que ne le sont les termes dans lesquels est conçu l'article 48, et qui semblent au contraire avoir été calculés pour ne rien enlever aux conventions de la latitude qui pouvait favoriser le commerce et que pourraient rendre nécessaire ses développements ultérieurs ; considérant que ce n'est pas par leur objet, mais par la constitution même et par le mode d'action de leur personnalité civile que la loi distingue les différents genres de sociétés commerciales, etc. »

La même Cour a d'ailleurs consacré à nouveau ces principes dans un arrêt du 26 février 1867 (1) et dans un arrêt du 4 mars 1880.

Ayant ainsi repoussé le système qui s'attache à l'objet de la participation, nous allons maintenant exposer l'opinion qu'avec la grande majorité des auteurs nous croyons devoir adopter.

36. Ce qui distingue la participation des sociétés commerciales, c'est le fait qu'elle est sans existence au regard des tiers, que ceux-ci l'ignorent, qu'ils ne peuvent ni l'invoquer ni se la voir opposer ; c'est, en un mot, son caractère occulte.

Voilà, disons-nous, quel est le trait tout particulier de la participation. Considérons, en effet, les sociétés commerciales. Elles se proposent de faire servir à leurs opérations soit le crédit et la fortune, soit simplement les capitaux de plusieurs personnes ; ce sont là leurs moyens d'action, les avantages, les garanties particulières qu'elles offrent aux tiers. Mais, pour qu'elles puissent s'en prévaloir, il faut que les tiers soient avertis de l'existence de ces sociétés ; de là les formalités de publicité imposées à ces sociétés. Il ne suffit pas que le public sache que la société existe, il faut encore qu'il soit averti quand il traite avec elle, quand il peut invoquer les garanties qu'elle lui offre. De là l'utilité, la nécessité de la raison sociale. Pour la facilité de ces rapports avec les tiers, certaines per-

(1) S. 68, 1, 449. Voyez dans le même sens : Amiens, 18 janvier 1843, D. P. 45, 4, 487. Paris, 9 mars 1843, S. 43, 2, 275. Agen, 23 novembre 1853, S. 54, 2, 23. Cass., 4 juin 1860, D. P. 60, 1, 267. Cass., 10 août 1875, S. 76, 1, 121. Lyon, 9 janvier 1878, S. 81, 1, 317. Rennes, 4 mars 1880, S. 81, 2, 265.

sonnes reçoivent le pouvoir d'engager la société par l'emploi de cette raison sociale. Dans le même but, la pratique a introduit la fiction de la personnalité morale des sociétés de commerce. La personne morale se trouve avoir un patrimoine distinct de celui des associés qui la composent, et par là même elle offre une garantie toute particulière aux personnes qui voudraient traiter avec elle. Personnalité morale, actif social, domicile social, raison sociale, règles de publicité, voilà les éléments essentiels des sociétés de commerce, qui tous prennent leur point de départ dans ce fait que la société existe au regard des tiers, et qu'elle se prévaut de son existence.

37. Si donc nous nous trouvons en présence d'une association qui, par l'effet d'un principe tout contraire, reste inconnue aux tiers, toutes les conséquences que nous avons énumérées vont faire défaut ; l'association prend une physionomie complètement différente de celle des sociétés ordinaires et nous sommes fondés à voir dans la nature occulte de la participation son caractère distinctif.

38. Qu'il soit de l'essence de la participation d'être ignorée des tiers, c'est ce qui nous paraît difficilement contestable. La tradition de notre ancien droit est unanime ; les citations nombreuses que nous avons rapportées plus haut ne peuvent laisser de doute à cet égard ; on ne saurait exagérer l'importance de ces indications dans une matière qui puise ses seules règles dans les usages.

39. Au reste, ce caractère a été reconnu par les rédacteurs de notre Code. Sans doute, ils ne l'ont pas consacré formellement, mais les travaux prépara-

toires nous apportent la preuve qu'il ne leur avait pas échappé. Dans la séance du 15 janvier 1807 (1), M. Jaubert dit que « Le tiers ne connaît que la personne avec laquelle il a traité ; c'est cette personne qu'il actionne ; on ne doit pas permettre de lui opposer une société qu'il n'est pas obligé de connaître. » Dans la même séance, M. Regnaud dit que : « Le refus de recours contre les associés en participation ne saurait tromper la foi publique, puisque le vendeur n'a connu que celui avec lequel il a traité directement et n'a pas compté sur une autre garantie. » C'est la consécration de l'ancienne doctrine dont la loi elle-même fait d'ailleurs une application quand elle dispose, dans l'article 50, que : Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés. » Ajoutons qu'aujourd'hui encore les usages commerciaux consacrent cette manière de voir.

40. Quelques auteurs ont cependant soutenu une opinion différente (2). Dans le système qu'ils ont adopté on reconnaît que dans notre ancien droit la participation était essentiellement occulte. Mais, dit-on, ce n'est plus là le point de vue du législateur de 1807. La loi nouvelle distingue : ou bien les sociétés se proposent de faire le commerce en général, alors elle leur impose diverses formalités ; ou bien elles n'ont pour objet qu'une ou plusieurs opérations déterminées, et alors point de formalités, point de restrictions. Cette dernière hypothèse est celle de la participation ; l'ancienne société anonyme voit dès lors

(1) Loqué, p. 193, n° 12.

(2) Molinier, p. 535 et ss.

son champ d'application considérablement étendu, puisqu'elle comprend maintenant non-seulement les associations occultes, mais encore « celles qui se produisent au public et qui s'aident de la signature et du crédit de tous les associés, pourvu toutefois que les unes et les autres n'aient pour objet qu'une ou plusieurs opérations déterminées. » Ces dernières seront ce qu'on propose d'appeler les sociétés collectives en participation.

41. Comment justifier cette théorie ? On cherche d'abord un appui dans les travaux préparatoires ; on montre, ce que nous-mêmes avons admis, que les participations y sont exclusivement envisagées comme ayant pour objet des opérations isolées. Cela est incontestable ; mais on va plus loin, et l'on prétend trouver la preuve que le législateur a entendu écarter le caractère occulte. Le projet primitif définissait la participation comme suit : « La société en participation se contracte entre deux ou plusieurs personnes, pour faire une ou plusieurs opérations de commerce dans les formes, proportions et conditions convenues entre les participants. » On ne parlait pas du caractère occulte. Le tribunal de commerce releva ce point, et on lit dans ses observations les remarques suivantes : « L'article 19 (du projet) concernant les sociétés en participation, omet deux choses qu'il est nécessaire d'exprimer : l'une, que cette société n'a point de raison sociale, et est entièrement anonyme ; c'est même le nom qu'on lui donne ordinairement ; l'autre, qui est une suite de la première, c'est que cette société n'intéresse nullement le public, et n'a

d'effets qu'entre associés. L'article peut être rédigé ainsi qu'il suit : « La société en participation n'a
« point de raison sociale, et est entièrement anonyme ; c'est une association qui se contracte entre
« deux ou plusieurs personnes, pour faire une ou
« plusieurs opérations de commerce, dans les formes,
« proportions et conditions convenues entre les participants, et qui n'a d'effets qu'entre eux..... »

Les observations du tribunal de commerce n'ayant pas été suivies d'effet, c'est donc que le législateur n'a pas adopté sa manière de voir et qu'à ses yeux le caractère occulte est sans importance.

Enfin l'on invoque des considérations d'utilité et d'intérêt public. Il est contraire, dit-on, aux intérêts du commerce, d'assujettir aux formalités rigoureuses prescrites pour les sociétés en nom collectif, les simples associations passagères qui n'ont pour objet qu'une opération, lorsqu'elles ont besoin de s'aider du crédit de tous les associés, et lorsque leur existence doit se révéler au public ; ce serait trop souvent donner lieu à des contestations où triompherait la mauvaise foi, que d'exiger pour ces sociétés la publicité à peine de nullité.

42. Ainsi donc : théorie générale sur les caractères distinctifs de la participation, preuves fournies par les travaux préparatoires, considérations d'utilité, voilà les trois sortes d'arguments que l'on invoque et qu'il nous faut maintenant examiner.

Du premier de ces arguments nous ne dirons rien ; nous renvoyons à ce que nous avons dit plus haut au

sujet des systèmes qui s'attachent à l'objet de la participation.

Les travaux préparatoires ne sauraient fournir de preuve décisive, puisque nous-même les avons invoqués à l'appui de notre opinion. D'ailleurs le raisonnement que l'on fait est bien incertain. Est-ce parce que le législateur a repoussé la théorie du tribunal de commerce qu'il n'a pas adopté sa rédaction ? ou bien, tout au contraire, n'est-ce pas parce que sa propre rédaction lui semblait suffisante ? L'opinion du tribunal était alors si universellement admise, que point n'était besoin de modifier un projet qui ne la contredisait en aucune façon.

Enfin les considérations d'utilité que l'on fait intervenir nous touchent peu. Dès lors que l'on invoque, à l'égard des tiers, le crédit de tous les associés, il faut que ces tiers soient renseignés sur la valeur, la nature de cette garantie qu'on leur offre, il faut des mesures de publicité.

43. La jurisprudence paraît bien fixée dans notre sens. On peut particulièrement citer deux arrêts de la Cour de Paris. Dans le premier, en date du 8 août 1870 (1), la Cour dit expressément que « l'association en participation est, de son essence, occulte et inconnue. » Dans le second arrêt, rendu plus récemment (2), nous trouvons le considérant suivant : « Considérant qu'il suffit pour se maintenir dans la légalité de la participation, que chacun des coparticipants ne puisse s'obliger qu'en droit soi au regard des tiers, sans obliger derrière lui une société *qui*

(1) D. P. 71, 2, 7.

(2) Paris, 27 janvier 1876, D. 79, 2, 75.

n'existe pas pour ceux-ci, ou qui ne leur est point révélée. (1). »

44. Il faut toutefois entendre d'une façon raisonnable le principe que nous venons de poser. Nous n'avons pas voulu dire que les associés dussent faire de leur convention un mystère impénétrable. Il suffit qu'ils ne l'invoquent point dans leurs engagements envers les tiers, qu'ils s'abstiennent de faire intervenir le crédit de leurs coassociés. Les tiers peuvent connaître l'existence de la participation ; mais cette existence n'est pas officielle, et la participation reste une *res inter alios acta* et conserve son caractère occulte, tant que les associés, dans leurs rapports avec ces tiers, ne se prévalent pas de leur association (2).

45. Ce principe que la participation est sans existence au regard des tiers domine toute notre matière et il n'est point de règle, pour ainsi dire, qui n'en découle. Nous ne voulons relever maintenant que celles de ses conséquences qui ont trait à la nature propre de la participation et qui accentueront la différence qui la sépare des sociétés de commerce : ce sont l'absence de raison sociale et de siège social, le défaut de personnalité civile.

(1) Voyez dans le même sens : Paris, 9 mars 1843, S. 43, 2, 274. Paris, 1^{er} juillet 1852, D. P. 55, 2, 21. Agen, 23 novembre 1853, D. P. 55, 5, 420. Rennes, 28 janvier 1856, D. P. 56, 2, 182. Paris, 7 février 1862, D. P. 63, 2, 63. Requête, 30 juillet 1877, D. P. 78, 1, 290. Delangle, n° 592. Troplong, n° 499. Bédarrides, t. II, p. 45. Pont, n° 1791. Dall., R. A. n° 1610. Pardessus, nos 1089 et 1046. Delam., et Lepoitv., t. III, p. 59. Alauzet, n° 406. Rousseau, n° 1732. Vavasseur, n° 315. Lyon-Caen, n° 522.

(2) Nancy, 3 février 1848, S. 48, 2, 519.

46. La participation n'existant pas au regard des tiers, l'emploi d'une raison sociale est impossible. La raison sociale est en quelque sorte l'enseigne d'une société; elle en implique l'existence, et son emploi engage cette société. Si des associés en participation se servaient d'une raison sociale, les tiers y verraient la révélation d'une société, et prétendraient, à bon droit, pouvoir agir contre les coassociés représentés par cette raison. Or tout ceci est contraire au caractère occulte. Aussi faut-il s'étonner que, dans un arrêt du 11 mai 1825 (1), la Cour de Poitiers ait jugé qu'il y avait participation entre deux ouvriers qui étaient convenus d'opérer sous une raison sociale. La Cour partait de ce principe erroné que la participation se distingue des autres sociétés par la nature de son objet et non par son mode d'action; dans l'espèce, cet objet était simple et déterminé. Au reste, cette décision a trouvé peu d'écho, et les arrêts sont unanimes pour voir dans l'emploi d'une raison sociale l'indication d'une société, le plus souvent d'une société en nom collectif. De même, lorsqu'ils reconnaissent une association en participation, ils relèvent soigneusement cette circonstance qu'il n'y a pas de raison sociale dans l'espèce (2).

47. La participation ne saurait avoir de domicile,

(1) S. 25, 2, 74.

(2) Bordeaux, 6 février 1849, D. P. 51, 2, 229. Paris, 1^{er} juillet 1852, D. P. 55, 2, 21. Agen, 23 novembre 1853, D. P. 55, 5, 420. Rennes, 28 janvier 1856, D. P. 56, 2, 182. Req. 11 mai 1857, D. P. 57, 1, 303. Colmar, 23 juin 1857, D. P. 58, 2, 44. Req. 20 novembre, 1861, D. P. 62, 1, 132. Paris, 7 février 1863, D. P. 63, 2, 62. Req., 29 juillet 1863, D. P. 64, 1, 27. Paris, 27 janvier 1876, D. P. 79, 2, 74. Req., 30 juillet 1877, D. P. 78, 1, 290.

de siège social ; ce serait encore là une circonstance qui serait de nature à faire croire les tiers à l'existence d'une société de commerce, et à les abuser sur la portée des engagements intervenus (1). Est-ce à dire qu'il faille interdire aux associés de fixer un lieu où se trouveront les livres de l'association, où ils se réuniront pour le règlement des comptes, etc ? Est-ce même à dire qu'ils ne pourront pas convenir que, pour les contestations qui viendraient à surgir entre eux, le tribunal de la localité serait compétent ? Assurément non ! Il n'y a là rien qui, dans les rapports avec les tiers, implique l'existence d'une société ; toutes ces conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, l'association reste occulte.

48. Arrivons au défaut de personnalité morale. Nous avons déjà indiqué la raison d'être de cette fiction. Elle augmente le crédit de la société en faisant de l'actif social le gage exclusif des créanciers sociaux, elle facilite ses rapports avec le public. Mais cette fiction ne peut être étendue à l'association en participation ; celle-ci est, en effet, inconnue des tiers ; elle ne se révèle à eux ni par la publicité qui accompagne la naissance des sociétés de commerce, ni par un nom social, ni par un siège social. Ce n'est pas une société qui contracte avec les tiers, c'est un associé isolé, agissant en son propre nom, n'invoquant que son crédit personnel. Les motifs de la fiction font donc ici défaut ; cette fiction n'existe pas (1). Il en résultera

(1) Massé, n° 1981. Delangle, n° 600. Pardessus, n° 1089. Bedar-

(3) Orléans, 16 novembre 1859, D. P. 60, 5, 370. Cassat. 16 août, 1865, S. 66, 1, 116.

notamment que dans les procès qui s'élèveront au sujet des opérations faites en participation, tous les associés y ayant pris part, et non pas seulement le gérant, devront figurer en personne dans l'instance. Il en résulte aussi qu'il ne peut être question d'un actif social.

49. L'opinion que nous avons admise a rencontré certains contradicteurs. Les uns admettent la personnalité morale à tous les points de vue ; les autres la restreignent aux rapports des participants entre eux ; dans ces rapports, ils reconnaissent l'existence d'un actif ou d'un passif distinct de la fortune extra-sociale des participants. Ces auteurs partent de cette idée que dans l'association en participation il y a communication de la propriété des apports. Or nous démontrerons bientôt l'inexactitude de cette proposition.

50. La jurisprudence est fixée dans le sens de notre doctrine : depuis deux arrêts, l'un du 2 juin 1834 (2), l'autre du 19 mars 1838 (3), la Cour suprême n'a pas varié sur ce point. Citons les motifs du dernier de ces arrêts : « La Cour.... attendu que si l'on peut considérer comme des êtres moraux les sociétés commerciales, comprises dans l'article 19, sous le nom de sociétés en commandite, sociétés anonymes et sociétés en nom collectif, c'est parce qu'elles sont accompa-

rides, n° 434. Pont, n° 1801. Dall. R. A. n° 1610. Alanzet, n° 408. Delamarre, p. 59. Troplong, n° 495. Lyon-Caen, n° 527. Contrà : Bravard, p. 378. Molinier, n° 578.

(2) S. 1834, 1, 603.

(3) S. 1838, 1, 343. Dans le même sens : Nîmes, 9 février 1863, S. 64, 1, 173. Caen, 18 mai 1864, S. 65, 2, 103. Cassat., 19 février 1868, S. 68, 1, 297. Aix, 2 mai 1871, S. 71, 2, 261. Cassat., 13 novembre 1872, S. 73, 1, 41, Cassat., 22 décembre 1874, S. 75, 1, 214. Cassat., 21 mars 1876, S. 79, 1, 454. Cassat., 26 août 1879, D. P. 80, 1, 120.

gnées de formalités qui les font connaître au public, et sont représentées par une raison sociale, au nom et pour le compte de laquelle se font tous les actes ;

« Qu'il n'en peut être de même des associations en participation qui, d'après les usages du commerce et l'ordonnance de 1673, auxquels il n'a pas été innové, n'ont aucune publicité, et dont la chose sociale, relativement aux tiers, est légalement la propriété de l'associé administrateur ;

« Qu'en effet, il résulte de l'ensemble des dispositions législatives, ayant cette espèce d'association pour objet, qu'elle est essentiellement représentée vis-à-vis des tiers, par l'associé administrateur qui traite avec eux, en son propre nom, et devient leur débiteur direct... , etc., etc. »

La participation se distingue donc très-nettement des sociétés de commerce. Allons maintenant plus loin, et montrons qu'elle n'est même pas une société, que par conséquent elle n'est pas soumise aux dispositions du Code civil qui régissent ce contrat.

§ II

51. L'article 1832 définit la société « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». Elle implique donc la formation d'un fonds commun, la communication des apports des associés, et la recherche des bénéfices au moyen de l'exploitation de ce fonds. Si ces éléments font défaut, il n'y a pas société ; or,

c'est précisément le cas de la participation, comme nous allons le voir.

52. Tout d'abord, il se peut que l'apport d'un des associés soit tel qu'il ne puisse pas être employé dans l'utilité commune. Pierre, qui est négociant, a connaissance d'une affaire qui peut procurer de grands bénéfices, mais qui peut, d'autre part, si elle vient à manquer, causer des pertes considérables. Il offre à Jacques de faire l'opération de compte à demi avec lui. Jacques s'engage à prendre à sa charge la moitié des pertes s'il y en a. Pierre lui assure, par contre, la moitié des bénéfices si l'opération réussit. Pierre, d'ailleurs, agit seul, avec ses propres fonds. Quel est ici l'apport de Jacques ? l'engagement de supporter sa part des pertes. Peut-on dire que cet engagement a été employé dans l'utilité commune, que c'est à son aide que les bénéfices ont été obtenus ? Assurément non ; nous nous trouvons donc ici en présence d'une impossibilité de satisfaire à la définition de l'article 1832, alors cependant que l'opération constitue certainement une association en participation.

53. Supposons maintenant que les apports soient de nature à pouvoir être mis en commun et devenir la copropriété des associés. Deux maîtres de forges conviennent, par exemple, de partager les bénéfices et les pertes résultant de l'exploitation de leurs hauts-fourneaux, et cela proportionnellement à la valeur de leur matériel respectif dont ils font apport à la participation. Quel va être le sort de ces apports ? Vont-ils devenir la propriété commune des deux associés ? ou, tout au contraire, chacun des associés ne restera-t-il

pas propriétaire privatif de son matériel? Remarquons d'ailleurs qu'ici le bénéfice est bien recherché au moyen de l'exploitation des apports; mais ces apports sont-ils mis en commun?

54. Des trois solutions indiquées, la première est écartée par ce que nous avons déjà dit: la participation n'a pas de personnalité civile. Restent les deux autres; la dernière seule nous paraît conforme à la nature de l'association que nous étudions.

Au fond, qu'est-ce que ce contrat? Rien autre chose que la convention de partager les bénéfices ou les pertes résultant d'opérations entreprises et menées par un ou plusieurs des associés. Un compte de bénéfices ou de pertes, c'est à quoi elle se ramène en dernière analyse: tout est individuel dans la participation, chaque associé agit seul, en son propre nom, sous sa seule responsabilité vis-à-vis des tiers. L'affaire terminée, l'association produit ses effets, il faut établir le compte. Mais, si telle est la nature intime de la participation, comment admettre qu'elle doive avoir nécessairement pour conséquence l'existence d'une copropriété entre les associés? Puisque tout est individuel, puisqu'il n'y a qu'un compte à rendre, pourquoi vouloir que la propriété des apports devienne commune? On n'en conçoit pas la raison et ce n'est certainement pas là un effet qu'il soit de la nature de ce contrat de produire par lui-même.

55. L'opinion que nous venons d'exposer rallie aujourd'hui les auteurs et la jurisprudence. Elle est particulièrement soutenue par MM. Vincens et Trolong. Voici ce que dit le premier de ces juricon-

sultes (1) : « Une remarque essentielle à faire, c'est que ces réunions passagères d'intérêts ne confondent en rien les propriétés des associés ; celui qui achète en fournissant les fonds reste propriétaire à concurrence de l'effet qu'il a acquis, s'il est entre ses mains ; les créanciers du co-intéressé qui n'a pas déboursé sa mise, ne peuvent réclamer sa part sous prétexte que le prix qu'il en doit à son associé est une créance de celui-ci, qui n'empêche pas la copropriété de la chose achetée pour compte commun. Si la marchandise a passé au pouvoir de l'intéressé qui ne l'a pas payée, celui qui a déboursé, toujours propriétaire, conserve, au contraire, le droit et le privilège de la revendre, comme l'expéditeur est admis, en général, à le faire chez un dépositaire ou un commissionnaire, et même d'en réclamer le prix, si l'effet, ayant été vendu par l'associé, n'est pas encore payé par l'acheteur. En un mot, celui qui a fait l'avance n'a rien aliéné à l'intéressé qui n'a pas fait sa mise, même en lui confiant les effets et le soin de la revente. Ce n'est, en ce cas, que pour le profit ou la perte finale et non pour la propriété qu'ils sont associés. »

M. Troplong n'est pas moins formel : « Il est un autre trait, dit-il, auquel on doit aussi s'attacher, c'est que la participation ne confond pas la propriété des mises ; c'est que les parties ne se sont pas associées pour former un capital social ; c'est qu'en se réunissant elles retiennent la propriété de leurs apports ; c'est que leur association ne leur donne de

(1) Législat. comm. I, p. 379.

droits respectifs que pour entrer en compte des profits et pertes, et qu'avant ce temps il n'y a pas de fusion d'intérêts, de vie commune, d'action simultanée ; tout est individuel, propriété, industrie. » (n° 500) (1).

56. Les arrêts, tout en consacrant cette doctrine, la rattachent à ce fait que la participation n'est pas une personne morale, que, par conséquent, il ne peut y avoir de patrimoine social. Voici, notamment, les termes d'un arrêt de la Cour suprême (2) : « Attendu qu'une telle association ne constitue pas une personne morale distincte de la personne des associés, que par sa nature, et en l'absence d'une stipulation formelle, elle n'établit entre les participants aucun droit de copropriété sur leurs apports respectifs ; — d'où il suit que les choses mises en commun restent la propriété de celui qui les a apportées ou qui les a acquises en son nom personnel durant l'association..... » Mais les questions de la personnalité morale et de la confusion de la propriété des apports sont deux questions distinctes. Nous avons indiqué qu'à notre avis les sociétés civiles ne constituent pas des personnes morales, et cependant les apports y sont communs. Ce n'est donc pas à l'absence de personnalité morale qu'il faut rattacher notre principe, mais bien à la nature même de l'association en participation.

57. Il importe cependant de remarquer que nous

(1) Voyez dans le même sens : Bedarrides, n° 433. Alauzet, n° 408. Delangle, n° 600. Rousseau, n° 1731. Vavasseur, n° 315. Pont, n° 1777. Cassat., 23 février 1864, D. P. 64, 1, 137. Paris, 22 décembre 1865, D. P. 66, 2, 23. Nîmes, 9 février 1863, S. 64, 1, 173.

(2) Cassat., 22 décembre 1874, S. 75, 1, 214.

n'allons pas jusqu'à interdire aux participants d'établir, par une convention expresse, la mise en commun de la propriété de leurs apports. De ce qui précède, il résulte seulement que ce n'est pas là un effet naturel de la participation, qu'il n'en résulte pas *ipso jure* ; mais le principe même de la liberté des parties, inscrit dans l'article 48, s'oppose à ce qu'on fasse de cette condition naturelle une condition essentielle du contrat. Au reste, il n'y aura point là de propriété sociale ; « chaque participant sera propriétaire en droit soi, d'une chose simplement commune. » C'est ce qu'a jugé le tribunal de commerce de Rennes : « Dans la participation..... il ne peut y avoir de patrimoine propre à la société, distinct du patrimoine des associés ; mais rien ne s'oppose, cependant, à ce qu'il y ait mise en commun d'une chose, copropriété des apports, puisque la loi a laissé toute liberté aux participants pour régler à leurs convenances leurs intérêts et leurs relations intérieures, comme leurs rapports individuels vis-à-vis des tiers (1). »

58. De tout ce que nous venons de dire il résulte donc que la participation, manquant naturellement d'une des conditions nécessaires à l'existence de la société, n'est pas une société. Cette conclusion n'est pas cependant admise unanimement. Dans une opinion qui a rencontré un défenseur éminent, on admet bien que la propriété des apports n'est pas commune ; mais, dit-on, ce qui est essentiel pour l'existence d'une

(1) Trib. comm., Rennes, 17 août 1855, S. 57, 2, 10 : Voy. dans le même sens : Dijon, 11 février 1874, D. P. 75, 2, 55. Troplong, n° 501. Alauzet, n° 408.

société, c'est qu'il y ait des apports, c'est qu'ils soient destinés à être employés dans un intérêt commun ; ce n'est pas que leur propriété se confonde. Or il y a des apports dans la participation, ils sont employés dans un intérêt commun ; la participation est donc une société (1).

Nous n'insisterons pas sur ce système ; nous avons, en effet, montré précédemment quel était le vice de son point de départ, et comment il violait l'article 1832.

59. D'autres auteurs partent, au contraire, du principe que la participation est une société pour conclure à la communauté des apports (2). On invoque d'abord les travaux préparatoires. Le tribun Jard-Panvillier disait au corps législatif : « Enfin la loi reconnaît aussi *une espèce de société* qu'on appelle association en participation ; mais.... elle n'est point sujette aux formalités prescrites pour *les autres sociétés*, qui d'ailleurs ont toutes cet avantage commun, celui de faire juger par des arbitres leurs contestations. » (3).

L'on comprend fort bien le langage de l'orateur du Tribunat, car l'association en participation répond parfaitement à la définition de l'article 1832. Il faut donc en conclure qu'il y aura un fonds social dont seront copropriétaires les associés.

60. Au fond, il y a là une simple pétition de principes ; affirmer que l'association en participation répond

(1) Pont, n° 1779.

(2) Consultation de M. Pardessus rapportée par M. Delangle, n° 596, et approuvée par M. Merlin. — Molinier, p. 541.

(3) Locré, t. XVII, p. 361, n° 5.

à la définition de l'article 1832, c'est affirmer précisément ce qu'il faudrait prouver ; et comment alors se servir de ce principe pour conclure à l'existence d'un fonds social ? On invoque, il est vrai, les travaux préparatoires ; mais les conclusions que l'on veut tirer de certains passages de ces travaux, se trouvent réfutées ailleurs. C'est ainsi que, dans la séance du 15 janvier 1807, M. Defermon remarque « qu'il conviendrait de rendre plus exactes les définitions contenues dans l'article 48, afin qu'on ne pût jamais confondre la société en participation avec la société ordinaire (1). » M. Defermon sépare très nettement la participation de la société ordinaire. Il est vrai qu'il se sert du mot société pour désigner la participation ; mais ceci s'explique par ce fait que dans la langue courante société et association sont termes équivalents ; dans la discussion relative à notre matière, les rédacteurs du Code les ont employés indifféremment l'un pour l'autre. Mais il est remarquable que, lorsqu'il s'est agi de rédiger la loi même, on a employé des expressions nullement équivoques en parlant d'association en participation et non de société. Il semble difficile d'admettre que ce soit là l'œuvre du pur hasard, alors surtout que l'on peut se convaincre que les rédacteurs du Code avaient clairement aperçu la différence. Nous avons cité tout à l'heure M. Defermon ; nous pouvons encore mentionner le passage suivant des observations des sections réunies du Tribunat : « On s'est d'abord demandé, pourquoi les associations en

(1) Locré, p. 197.

participation n'avaient pas été comprises comme un quatrième genre de société, dans l'article 20, et l'on a reconnu qu'il y en avait eu une juste raison. C'est que l'association en participation n'est qu'un marché d'un moment, relatif à quelque opération passagère, et qu'en cela elle diffère de la société, dont le lien plus durable forme entre les associés une communauté d'intérêts continus (1). »

61. Dans un troisième système, enfin, on distingue : tantôt la participation constituera une société, et tantôt elle n'en constituera pas (2). On sépare la société en participation de ce qu'on appelle le contrat innommé de participation. Dans le second cas il n'y a pas société ; une personne agit seule, n'engage que son unique responsabilité, sous la simple obligation de rendre compte ; les associés n'ont aucun droit de copropriété dans les fonds de l'association.

Mais rien ne s'oppose à ce que les parties aient recours à une véritable société en participation ; il suffit qu'elles soient d'accord à ce sujet et qu'elles forment un fonds social de toutes les sommes versées comme apports, fond social dans lequel elles auraient un droit de copropriété.

62. Nous ne saurions admettre la distinction que l'on veut introduire entre les diverses espèces d'associations en participation. Ce que le législateur consacre dans les articles 47 et suivants, c'est une convention spéciale dont il faut rechercher les caractères

(1) Locré, p. 309, n° 18.

(1) Bravard, p. 373 et ss.

essentiels ou naturels. C'est d'après ces caractères qu'il faut l'apprécier et la classer en dehors ou parmi d'autres conventions. On ne peut s'attacher à une stipulation, possible, nous l'accordons, mais tout accidentelle, pour faire rentrer la participation dans la classe des sociétés ; même avec cette clause de copropriété la participation ne sera pas une société, car elle ne l'est pas de sa nature, car par elle-même elle n'entraîne pas cette copropriété. Que si une stipulation formelle est intervenue, il n'y aura pas constitution d'un fonds commun ; chaque participant, comme on l'a dit, sera propriétaire en droit soi de choses simplement communes.

63. Nous avons terminé de la sorte l'examen des caractères particuliers de la participation. Nous pouvons définir cette association : *Un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes se réunissent en vue de répartir entre elles les bénéfices ou les pertes qui résulteront d'opérations commerciales faites par une ou plusieurs d'entre elles agissant en leur nom personnel.*

SECTION II

Principales applications de la participation.

64. On ne peut espérer trouver ici une classification unique embrassant toutes les espèces de participations. A raison même de la liberté complète que la loi accorde aux parties, la participation s'adapte aux circonstances les plus variées, revêt les formes les plus diverses, se prête à des combinaisons multiples impossibles à faire rentrer dans un cadre unique.

Que si cependant nous allons essayer de grouper ces associations en nous plaçant successivement à des points de vue différents, ce n'est pas pour faire une œuvre scientifique, mais bien plutôt pour avoir l'occasion d'indiquer quelques applications du contrat que nous étudions.

On peut, pour faire ce groupement, se placer à trois points de vue, dont chacun, d'ailleurs, pourrait fournir plusieurs classifications.

On peut envisager, soit l'objet de l'association, soit la nature de ses rapports avec les tiers, plus exactement son mode d'action, soit enfin la nature des rapports qui existent entre les participants.

1) POINT DE VUE DE L'OBJET.

65. La participation peut être faite en vue d'une ou de plusieurs opérations déterminées et isolées, — ou bien elle peut avoir pour objet une série continue d'opérations, l'exercice même d'une branche de commerce.

Nous avons vu ce qu'il fallait penser de l'opinion de certains auteurs qui, dans la seconde hypothèse, se refusaient à reconnaître une participation. Nous n'avons pas admis que la nature de l'objet pût constituer un caractère juridique ; mais nous reconnaissons volontiers qu'il y a là une différence de fait, difficile à préciser d'ailleurs, entre les diverses espèces de participations.

66. Lorsque l'objet de la participation est une affaire isolée, on dit plus spécialement qu'il y a un compte en participation ; l'opération a été faite de

compte à demi, de compte à tiers, etc. Ces expressions, qui peuvent s'étendre à d'autres hypothèses, impliquent en général, qu'un seul des associés a mené l'affaire, les autres participant simplement dans les bénéfices ou les pertes.

Ce sont les opérations isolées, faites de comptes à demi, qui fournissent les exemples les plus fréquents de participations. Savary, dans un passage que nous avons rapporté plus haut, en donne en quelque sorte le type.

67. Nous rencontrons dans le commerce maritime des exemples de participations qui se proposent des opérations de longue durée, auxquelles s'applique plus exactement le terme d'association. C'est ainsi que le plus souvent il y a participation entre le propriétaire d'un navire et le fournisseur de l'armement ; on se partage les bénéfices devant résulter de la campagne que fera le navire. De même, on verra fréquemment une participation dans l'engagement des gens de mer au fret ou au profit, engagement par lequel les marins s'engagent à fournir leurs services moyennant une part, soit dans les bénéfices résultant des opérations en vue desquelles le navire a été armé (engagement au profit), soit dans les produits provenant de la location du navire (engagement au fret). Le premier a lieu le plus souvent pour les navires armés en vue de la pêche, le second pour les navires qui font le cabotage.

Rentrent dans cette catégorie d'associations à longue durée, les participations visées par des arrêts que nous avons déjà eu l'occasion de signaler et qui avaient

pour objet, soit l'exploitation d'une maison de bains (1), soit l'exploitation du roulage (2).

2) POINT DE VUE DU MODE D'ACTION DE L'ASSOCIATION.

68. A ce point de vue, ou bien la direction de l'affaire sera abandonnée à un ou quelques-uns des associés, ou bien tous contribueront à la production des bénéfices.

C'est dans cette dernière catégorie que rentre l'hypothèse visée par l'arrêt de Rennes que nous venons de rappeler. Plusieurs maisons de roulage, afin d'éviter de se faire concurrence, avaient convenu de mettre en commun leurs bénéfices. Chacune des maisons associées prenait donc part à la gestion de l'affaire. Même situation dans l'espèce suivante ; deux individus s'associent pour faire le commerce de vins. L'un achète les vins sous son nom personnel et les envoie à l'autre qui les revend de même, sous son nom personnel. Les bénéfices sont partagés (3). C'est encore dans cette catégorie que rentre l'association intervenue entre plusieurs personnes qui conviennent dans une vente aux enchères ne point miser sur les mêmes objets, sauf à opérer ensuite le partage des objets acquis par chacune d'elles.

69. Peut-être trouve-t-on un plus grand nombre de cas rentrant dans la seconde catégorie. Ici figurent dans l'association deux personnes qui jouent des

(1) Req., 5 juillet 1825, D. R. A., n° 1607.

(2) Rennes, 28 janvier 1856, D. P. 56, 2, 182.

(3) Bruxelles, 27 novembre 1830, D. R. A. n° 1618.

rôles distincts ; d'une part, ce que l'on appelle le gérant de la participation, celui qui mène l'affaire sous sa responsabilité personnelle ; d'autre part, des espèces de bailleurs de fonds, qui avancent certaines sommes et participent dans des proportions déterminées par la convention, aux bénéfices ou aux pertes. Cette distinction de deux éléments, l'un actif, l'autre inactif, crée de fortes analogies entre ce genre de participations et les sociétés en commandite. Cette analogie augmente encore, si l'on suppose que la convention a limité la perte des associés bailleurs de fonds au montant de leurs mises. Aussi certains auteurs ont-ils appelés cette association, une participation en commandite (1).

On peut même concevoir une espèce particulière de participation en commandite se rapprochant de la commandite par actions ; on n'a qu'à supposer la division en actions d'une valeur égale, du capital mis à la disposition du gérant. C'est là l'organisation de certaines institutions, dites caisses de participation, qui ont pour objet de faire participer tous les preneurs d'actions dans les bénéfices obtenus par le gérant au moyen d'opérations de bourse, spécialement d'opérations de report.

On trouvera un exemple de participation en commandite par actions dans un arrêt de la Cour de Poitiers du 18 janvier 1860 (2).

Les entrepreneurs de travaux publics forment très

(2) Molinier, n° 617.

(1) J. P. 1860, p. 771.

fréquemment des participations avec des maisons de banque qui font les avances nécessaires moyennant une part dans les bénéfices ; ce seront généralement des participations en commandite. Même situation dans l'espèce visée par la Cour de Douai dans un arrêt du 13 juillet 1877 (2). Une filature avait été achetée à l'aide de fonds avancés par une banque, remise à flot grâce aux mêmes fonds, et exploitée par le gérant moyennant partage des bénéfices.

3) POINT DE VUE DES RAPPORTS DES ASSOCIÉS ENTRE
EUX.

70. Nous avons dit qu'en principe la participation n'entraîne pas la communication de la propriété des apports ; mais nous avons indiqué que la convention des parties peut créer cette copropriété. On peut donc distinguer les associations suivant qu'il y a ou non constitution d'un fonds commun. Si cette constitution existe on voit clairement combien alors l'association se rapproche d'une société ordinaire. Dans l'espèce de l'arrêt de Rennes, chaque associé avait conservé la propriété de son matériel de roulage. Il en sera de même, le plus souvent, dans les participations en commandite ; le gérant a la propriété exclusive de l'outillage de son exploitation.

Nous trouvons, au contraire, un cas de copropriété dans la célèbre affaire Mouroult (1). Mouroult s'était associé en participation avec un architecte et un en-

(2) S. 77, 2, 199.

(1) Cassat., 2 juin 1834, D. R. A. n° 1656.

trepreneur ; il mettait en commun des immeubles qui lui appartenaient et que ses deux associés se chargeaient de bâtir. Le prix de la revente de ces immeubles devait constituer le bénéfice.

CHAPITRE III.

Conditions de validité et preuve de la participation.

71. L'association en participation étant un contrat, exige pour sa formation la réunion des conditions nécessaires à tout contrat. Il faut le consentement des parties, un objet et une cause. Il faut, de plus, pour que ce contrat soit une participation, qu'il réunisse les caractères étudiés dans le précédent chapitre. Nous consacrerons une première section à l'étude de ces conditions. Dans une seconde section nous rechercherons comment la participation peut être prouvée. Enfin, dans une troisième section nous nous demanderons quel est le pouvoir respectif des juges du fond et de la Cour de cassation quand il s'agit de constater l'existence d'une association en participation.

SECTION I. — *Conditions de validité.*

SECTION II. — *Preuve.*

SECTION III. — *Pouvoir respectif de la Cour de cassation et des juges du fond.*

SECTION I. — CONDITIONS DE VALIDITÉ.

§ I. — Du consentement.

72. Nous n'avons point à insister ici sur les règles

communes à tout contrat ; mais nous devons relever la nécessité qu'il y a pour les parties à bien s'accorder sur la nature de leur convention. Leur intention peut en effet donner lieu parfois à des doutes, et il s'est présenté dans la pratique des circonstances assez fréquentes où les tribunaux ont dû prononcer entre la participation et tel ou tel autre contrat. Donnons quelques exemples.

73. La Cour de Poitiers (1) a vu un mandat et non une participation dans la convention par laquelle un sieur X... était chargé d'acheter, emmagasiner et revendre des vins pour le compte d'un sieur L..., moyennant la moitié des bénéfices que devait produire l'opération. Aux yeux de la Cour, X... n'était qu'un simple préposé intéressé et non le gérant d'une participation ; il y avait toutes les apparences de ce dernier contrat ; la volonté seule des parties faisait défaut.

En sens contraire, le tribunal de Thonon (2) a reconnu une participation dans la convention par laquelle un propriétaire confiait à une personne la gestion d'un hôtel moyennant prélèvement, en sa faveur, d'une certaine somme prise sur les bénéfices et partage égal du reste. Le tribunal a considéré que ce partage des bénéfices résultant de l'entreprise était un indice suffisant de la volonté des parties. Peut-être, en effet, les faits de la cause justifiaient-ils cette solution ; nous croyons pourtant qu'il ne faudrait pas la

(1) Poitiers, 6 juin 1871, S. 71, 2, 212. Cf. Cass., 4 juin 1860, D. P. 60, 1, 267.

(2) Thonon, 28 novembre 1874, D. 76, 1, 199.

généraliser. Il ne faudrait pas décider, par exemple, qu'il y a association en participation chaque fois qu'un patron admet ses ouvriers au partage des bénéfices. Le plus souvent il n'y aura là qu'un contrat de louage de services, avec un mode spécial de rémunération de ces services.

La Cour de Dijon a jugé une affaire dans laquelle un père avait exercé un commerce pendant un certain nombre d'années, en s'aidant du concours actif de son fils. La Cour a pensé qu'en l'absence de convention formelle, l'intention des parties ne pouvait être recon nue, et qu'il y avait simplement lieu de rémunérer le travail du fils (1).

Enfin citons encore un cas qui s'est présenté devant la Cour d'Aix. Un forgeron et un charron achètent ensemble un certain nombre de pieds d'arbres à abattre. Après l'abatage, ils prennent chacun une partie des bois, pour les besoins de leur industrie et opèrent séparément la vente du surplus. La Cour a reconnu qu'il n'y avait là qu'une communauté d'intérêts résultant de l'achat en commun (2).

On pourrait assurément multiplier ces exemples ; mais comme la solution des questions qu'ils soulèvent, dépend uniquement des faits de chaque cause, on concevra que nous n'entrons pas dans plus de détails.

§ II. De l'objet.

74. De l'objet de l'association, nous n'avons que peu

(1) Dijon, 26 mars 1874, D. P. 76, 2, 203.

(2) Aix, 30 novembre 1853, D. 55, 2, 117.

de chose à dire. Il faudra appliquer l'article 1108 du Code civil, et exiger qu'il soit certain. Aux termes mêmes de l'article 48 du Code de commerce, cet objet consiste ici en des opérations de commerce.

§ III. De la cause.

75. La cause de notre convention, c'est le partage des bénéfices ou des pertes. Ici encore il faudra appliquer l'article 1108, il faudra que la cause soit licite. A cet égard nous rencontrons dans le Code pénal des dispositions qui interdisent certaines conventions pouvant constituer des participations, mais dont le but serait contraire aux intérêts mêmes du commerce.

L'article 419 de ce Code punit d'un mois de prison au moins, et d'un an au plus, d'une amende de 500 francs à 10,000 francs « tous ceux qui...., par des suroffres faites au prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par réunion ou coalition des principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, tendant à ne pas la vendre ou à ne la vendre qu'à un certain prix, ou qui, par des voies ou moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises, ou des papiers ou effets publics au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce. » L'art. 420 ajoute : « La peine sera d'un emprisonnement de deux mois au moins et de deux ans au plus, et d'une amende de 1,000 francs à 20,000 francs, si ces manœuvres ont été pratiquées sur grains, grenailles, farines, substances, pain, vin ou toute autre boisson.... »

L'article 412, rédigé de même en vue d'assurer la liberté des transactions, dispose que : « Ceux qui, dans les adjudications de la propriété, de l'usufruit ou de la location des choses mobilières et immobilières, d'une entreprise, d'une fourniture, d'une exploitation ou d'un service quelconque, auront entravé ou troublé la liberté des enchères ou des soumissions, par voies de fait, violences ou menaces, soit avant, soit pendant les enchères ou les soumissions, seront punis d'un emprisonnement de 15 jours au moins, de trois mois au plus, et d'une amende de 100 francs au moins et de 5,000 francs au plus. La même peine aura lieu contre ceux qui, par dons ou par promesses, auront écarté les enchérisseurs. »

76. Seront donc nulles, pour cause illicite, les conventions intervenues entre les acheteurs dans une vente aux enchères où ils se trouveraient seuls ou presque seuls, à l'effet de ne se point faire de concurrence et abaisser par là les prix à tel chiffre qui leur conviendrait. C'est ce que disait déjà Pothier (1) : « Mais si ceux qui auraient fait cette société étaient les seuls qui se trouvassent à cette vente, qui fussent en état d'y enchérir les meubles de prix, il est évident que cette société qui tendrait à avoir des marchandises pour un prix aussi bas que celui qu'ils y voudraient mettre, renfermerait une injustice. » — Seront nulles de même les associations intervenues entre marchands dans un but inverse. Ils accaparent les marchandises qui se trouvent dans un lieu et, s'en-

(1) Contrat de Soc., n° 62. Voyez aussi Savary, Parf. Nég. loc. cit.

tendant pour ne pas se faire de concurrence, ils vendent à tels prix élevés qu'ils leur plaît. « Ces sortes de sociétés, dit Savary, sont, à proprement parler, des monopoles qui se font contre le bien public et qui renversent l'économie du commerce. »

77. La jurisprudence nous offre des exemples de ces hypothèses. La Cour de Bourges a rendu l'arrêt suivant : « Attendu que dans l'acte du 23 janvier 1818, huit fabricants de faïence, sur neuf existant seulement à Nevers, au moment du traité, se sont réunis et se sont mutuellement imposés l'obligation de déposer toutes leurs marchandises dans un magasin commun, pour n'y être vendus que suivant le prix convenu entre eux ; — attendu que par cet arrangement, ils ont mis les acquéreurs dans leur dépendance immédiate ; qu'ils ont sensiblement nui à l'ordre public, qui exige pour le commerce la plus entière liberté ; qu'ils ont écarté la concurrence, le seul moyen de mettre aux marchandises leur véritable prix ; — attendu qu'une obligation basée sur cause illicite ne peut avoir aucun effet, etc., etc. », par tous ces motifs, la Cour décide que l'association est nulle et sans valeur.

78. Au reste, il faut entendre tout ceci avec les tempéraments nécessaires. On admettra parfaitement que deux individus s'associent en vue d'obtenir une adjudication qu'ils se partageront ensuite ou que l'un d'eux gardera seul en payant une indemnité à l'au-

(1) Bourges, 11 août 1826, S. 28, 1, 112. Dans le même sens : Cassat., 12 mars 1841, S. 41, 1, 786. Cassat., 19 novembre 1841, S. 42, 1, 148. Cassat., 19 novembre 1841, S. 42, 1, 561.

tre, si, par cette convention, d'autres enchérisseurs ne se sont pas trouvés écartés (1). De même, l'article 412 ne serait pas applicable au cas où il y aurait eu simple convention de ne pas porter les enchères au-delà d'un certain prix. Le texte exige qu'il y ait eu « dons ou promesses », c'est-à-dire engagement de payer une indemnité au non adjudicataire.

79. Serait encore nulle pour cause illicite l'association en participation contractée par un agent de change et un bailleur de fonds, en vue de partager les bénéfices de sa charge. L'article 75 du Code de commerce n'admet d'association entre de telles personnes que sous certaines conditions, dont l'une, notamment, celle de la publicité du contrat, est incompatible avec la nature de la participation,

§ IV. Observation des caractères propres de la participation.

80. Outre les trois conditions générales que nous venons d'indiquer, il faut qu'on ait satisfait aux conditions particulières de la participation.

Il faut que rien dans le contrat n'implique que l'on doive se prévaloir de l'existence de l'association à l'égard des tiers.

81. Supposons que cette condition ait été méconnue. Les associés, par exemple, qualifient leur société d'association en participation, mais ils conviennent d'agir sous une raison sociale où ils font entrer leurs noms, ou bien, ils constituent un domicile social. De même, le cas où les associés seraient convenus que toute opé-

(2) Cassat., 23 avril 1884, S. 34, 1, 746.

ration de la participation exigerait la signature de chacun d'eux. Il est manifeste que par de semblables stipulations, par la continuité de cette action collective, les associés révèlent aux tiers les rapports qui les unissent, leurs offrent la garantie de leurs fortunes respectives, invoquent leur crédit commun ; on ne saurait donc reconnaître, en ce cas, l'existence d'une participation. Mais comment faudra-t-il apprécier et caractériser les conventions intervenues entre les parties ?

82. A en croire une certaine opinion, il faudrait toujours admettre l'existence d'une société en nom collectif (1). « Dès l'instant, dit-on, que la participation ne reste pas concentrée dans les rapports intérieurs, elle est une société collective ; le nom de participation est menteur, il ne lui appartient pas. »

Nous pensons qu'il est impossible de donner une règle aussi absolue. Deux cas sont, en effet, à distinguer. Ou bien les parties ont dissimulé sous les dehors d'une participation, une société autre, qu'elle soit d'ailleurs collective ou en commandite ; alors le juge devra rechercher la réalité derrière cette fiction (2). Ou bien les parties ont bien réellement entendu établir une participation ; alors, comme elles ne se sont pas conformées aux conditions requises par ce contrat, leur convention est nulle. Les tiers pourront bien prétendre invoquer la solidarité de la dette contractée conjointement par les associés, car c'est là, comme nous le verrons, un principe commun à tous

(1) Troplong, n° 499.

(2) Cassat., 29 juillet 1863, S. 63, 1, 447. Cassat., 20 novembre 1861, S. 62, 1, 94.

les engagements conjoints en matière commerciale ; mais ils ne pourront pas invoquer les autres règles spéciales à la société en nom collectif, et, par exemple, arguer d'un droit de gage exclusif sur les apports des associés.

83. Si dans les hypothèses que nous venons d'examiner, nous avons reconnu qu'il n'y avait point de participation, nous ne donnerons pas la même solution au cas où les associés auraient simplement stipulé que leur consentement serait nécessaire pour certaines opérations particulièrement importantes. Ceci n'est point incompatible avec l'existence de la participation, toutes réserves faites d'ailleurs sur l'effet, vis-à-vis des tiers, de cet engagement contracté en commun.

C'est ainsi que le 19 novembre 1879, le tribunal de commerce de Marseille s'est occupé d'une participation formée entre trois propriétaires de glaciers, associés pour la vente des glaces. Le contrat exigeait la signature des trois associés pour les marchés de vente de glace. Mais cette signature n'était pas requise pour les ventes au détail. L'intervention collective des associés était donc tout exceptionnelle et l'on pouvait admettre la validité de la convention (1).

84. Les diverses conditions que nous venons d'énumérer sont les seules auxquelles les parties doivent satisfaire pour établir une association en participation valable. A la différence des sociétés commerciales, leur convention n'est soumise à aucune formalité

(1) Trib. comm. Marseille, 19 novembre 1879, D. 81, 1, 245.

(art. 50). Aucune mesure de publicité n'est exigée. D'une part, en effet, ces associations se concluent souvent très-rapidement, se font et se défont parfois dans la même journée ; d'autre part, leur existence n'importe pas au public qui n'a point besoin d'en être informé. L'exigence de formalités n'aurait donc d'abord pas de raison d'être ; puis on se trouverait souvent dans l'impossibilité matérielle d'y satisfaire.

SECTION II.

Preuve de l'association.

85. En même temps que la loi dispensait la participation des formalités de publicité qu'elle imposait aux sociétés commerciales, elle consacrait dans l'article 49 une autre différence avec le droit commun de ces sociétés. Ce droit commun, aux termes de l'article 39, exige que l'existence d'une société de commerce soit prouvée soit par un acte public, soit par un acte privé ; dans ce dernier cas, en se conformant à l'article 1325 du Code civil. L'article 41 du Code de commerce, reproduisant l'article 1341 du Code civil, ajoute qu'aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de 150 francs. L'article 49, tout au contraire, dispose que les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise.

86. Cette disposition n'est d'ailleurs que l'application à la participation des règles générales sur la preuve des contrats commerciaux, règles auxquelles les articles 39 et 41 apportent des exceptions en matière de société. Pour justifier la différence faite entre la participation et les sociétés, nous ne pouvons qu'invoquer les arguments déjà produits au sujet de la dispense de formes. Il n'y a point à sauvegarder l'intérêt des tiers, et donc nul besoin que l'acte d'association soit écrit, puisqu'il ne devra pas être publié ; d'autre part, la participation est souvent une *association momentanée*, comme on disait dans notre ancien droit. Ajoutez que parfois les associés ne sauront pas écrire ; il leur faudrait donc recourir à un officier public ; de là des pertes de temps incompatibles avec la promptitude qu'exigent les transactions commerciales.

Ces considérations ont été indiquées aux cours des travaux préparatoires. Dans la séance du 15 janvier 1807 (1), M. Regnault remarquait que : « les sociétés en participation ne se forment pas toujours entre des négociants qui aient des livres, ni par correspondance. Dans les foires, par exemple, dans les marchés des grandes villes, la convention est verbale. Des marchands de chevaux, de bestiaux, de comestibles, etc., conviennent d'acheter en commun et rien n'est écrit. Il est donc indispensable de permettre aux contractants de prouver le marché par témoins. »

87. Avant d'entrer plus avant dans l'examen des

(1) Locré, tome XVII, p. 193 et ss.

règles qui ressortent de l'article 49, nous pouvons remarquer que ce texte n'entend en aucune façon faire une énumération limitative, et interdire la preuve de la participation par les moyens ordinaires, spécialement par des actes écrits. Aussi allons-nous passer en revue non-seulement les modes de preuve spéciaux visés par l'article 49, mais plus généralement tous ceux dont la participation est susceptible.

§ I. *Preuves écrites.*

88. a). Acte public ou sous seing privé. — Quand les parties ont rédigé un acte d'association, on ne saurait en conclure, comme certains l'ont voulu, que les parties aient de la sorte manifesté l'intention de contracter une véritable société. Ce serait là une doctrine tout arbitraire.

89. L'acte devra-t-il avoir date certaine ? Non ; la date certaine n'est requise que dans l'intérêt des tiers ; or, la participation étant occulte, il n'y aura jamais lieu d'opposer aux tiers l'acte d'association.

90. Faut-il appliquer à cet acte écrit les dispositions de l'article 1325 du Code civil, et exiger autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, exiger d'autre part la mention dans chaque original de l'accomplissement de la formalité ?

Une opinion, qui nous paraît inexacte, affirme que l'acte en question, malgré les vices dont il est infecté n'en constitue pas moins un moyen de preuve bon et valable. Cela résulte forcément, dit-on, de ce que la loi n'a soumis la participation à aucune formalité, à

aucune condition (1). — A notre avis il faut penser que l'acte écrit n'étant un mode de preuve écrite que lorsqu'il satisfait aux conditions auxquelles le Code civil le soumet à cet effet, ne saurait avoir la même force lorsque ces conditions ne sont pas remplies, encore bien qu'il s'agisse de participation. L'article 50 du Code de commerce n'a pu vouloir apporter une aussi grave dérogation aux principes du Code civil. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Colmar : « Considérant, dit la Cour, que même en matière commerciale, ou dans toute autre où les parties auraient pu contracter valablement, dès qu'elles ont adopté une autre forme d'obligation, elles se sont soumises à toutes les conditions requises par la loi pour la validité de la sorte d'acte qu'elles choisissaient pour constater leurs obligations (2). »

Au reste l'acte écrit, bien qu'irrégulier, constituera néanmoins une présomption fort grave qui devra suffire, en général, pour déterminer la conviction du juge, si celui-ci a cru devoir admettre la preuve par présomptions (3).

91. C'est une question analogue à la précédente, que celle de savoir s'il faut appliquer à notre matière l'article 1341 du Code civil, reproduit, en ce qui concerne les sociétés de commerce, par l'article 41 du Code de commerce. Ces textes disposent que s'il a été fait un acte écrit les parties ne pourront prouver outre ou contre le contenu aux actes.

(1) Alauzet, n° 418.

(2) Colmar, 28 août 1816, D. R. A. n° 1640.

(3) Pont, n° 1817.

Nous ne pensons pas que ces règles soient applicables à la participation. L'article 1341 fait une exception en faveur des matières commerciales ; l'article 41 supprime cette exception en ce qui concerne les sociétés de commerce, mais il ne s'applique lui-même qu'aux hypothèses où un acte de société est exigé.

La participation n'est pas une société ; elle n'exige pas d'acte écrit pour sa formation ; l'article 41 ne saurait la concerner. D'autant que tous les motifs que nous avons exposés pour justifier la non-exigence d'un acte écrit pour la constitution de l'association, se réunissent ici pour permettre d'apporter facilement des modifications celui à qui peut avoir été fait(1).

92. b). Livres — L'article 49 prévoit expressément ce moyen de preuve, qui se rencontrera fréquemment. On a fait observer avec raison que l'exécution de l'opération donnera généralement lieu à l'ouverture d'un compte courant, dans lequel chaque partie établira sa position et celle de son coparticipant (2).

La loi ne fait aucune distinction entre les livres du commerçant ; l'on admettra donc la représentation tant des livres exigés par la loi que des livres auxiliaires.

93. Faut-il, en ce qui concerne les premiers, qu'ils aient été régulièrement tenus, qu'ils aient été cotés et paraphés ? Nous adoptons ici la même solution que plus haut, au sujet des actes écrits. Pour que le livre d'un commerçant ait la force que lui donne la loi, il

(1) Pont, n° 1818.

(2) Bédarrides, n° 456.

faut qu'il satisfasse aux conditions exigées par cette loi. Mais nous retrouvons aussi le tempérament déjà indiqué ; les juges pourront trouver dans ces livres irréguliers des présomptions suffisamment graves pour entraîner leur conviction ; ils pourront s'en servir pour contrôler les autres moyens de preuve que fournissent les parties. On peut citer à cet égard un arrêt de la Cour de cassation qui juge que : « S'il est de principe que les livres de commerce qui n'ont pas été visés et paraphés conformément à la loi ne peuvent être représentés ni faire foi en justice au profit de ceux qui les ont tenus, il n'en résulte pas que lorsque ces livres sont produits, les juges ne puissent en comparer les énonciations à celles des autres pièces justificatives régulièrement fournies au procès, et trouver dans la concordance de ces énonciations une de ces présomptions abandonnées par la loi aux lumières et à la prudence des magistrats... (1). »

94. c). Correspondance. — L'article 49 indique encore, comme mode de preuve écrite, la correspondance. C'est là aussi un moyen auquel les parties auront souvent recours. Savary constatait déjà que fréquemment les participations se concluent par « lettres missives que les marchands s'écrivent respectivement. » Aujourd'hui il faut ajouter aux lettres missives les télégrammes.

§ II. Preuves orales.

95. a). Preuve testimoniale. — Elle est visée ex-

(1) Cass., 3 janvier 1860, S. 60, I, 380. Cf. Aix, 1^{er} mai 1818, D. R. A., n^o 1631.

pressément par l'article 49. Sous l'empire de l'ordonnance de 1673, elle n'était possible pour les sociétés que s'il y avait un commencement de preuve par écrit ; mais les dispositions de l'ordonnance, sur la preuve écrite, tombèrent en désuétude, et, dès lors qu'on admettait la preuve testimoniale pour les sociétés ordinaires, à *fortiori*, fallait-il l'admettre pour la participation. Le Code de commerce rétablit, pour les sociétés, les dispositions de l'ordonnance ; il exige toujours un acte écrit. La question se présenta de savoir si, en ce qui concerne la participation, on poserait la même règle, ou si, du moins, l'on n'admettrait la preuve testimoniale qu'avec un commencement de preuve par écrit. La nécessité d'un acte écrit fut écartée ; mais M. Treilhard soutint que l'on devait exiger un commencement de preuve par écrit. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely répondit que, sans doute, les tribunaux seraient très réservés à admettre la preuve testimoniale, quand elle ne serait pas appuyée d'un commencement de preuve par écrit, mais qu'exiger toujours cet écrit, c'était méconnaître les exigences du commerce. L'amendement que M. Treilhard avait présenté fut repoussé (1).

96. L'admission de la preuve testimoniale, bien que constituant une différence avec les règles relatives aux sociétés, n'est cependant que l'application des règles ordinaires sur la preuve des contrats commerciaux. C'est en vertu de ces mêmes règles (article 109), que l'article 49, après avoir admis la

(1) Locré, loc. cit.

preuve testimoniale, ajoute cependant qu'elle ne sera possible que « si le tribunal juge qu'elle peut être admise. »

Les tribunaux ont donc un pouvoir d'appréciation et l'on ne saurait leur imposer l'admission de la preuve testimoniale ; c'est là aussi, dans une certaine mesure, une satisfaction accordée aux observations de Treilhard. Le tribunal ne devra donc ordonner la preuve par témoins que s'il lui paraît qu'il résultera une preuve complète de l'existence de la participation, de l'établissement des faits que l'on allègue (1).

97. Les tiers seront-ils admis à prouver par témoins l'existence d'une participation ? La question se présentera rarement en pratique. La participation étant occulte, les tiers n'ont pas d'action contre les associés en tant que participants, et n'auront donc point à invoquer un contrat qui leur est étranger. Aussi certains auteurs enseignent-ils, d'une façon absolue, que les tiers ne peuvent prouver par témoins la participation. Il faut, dit-on, appliquer cette maxime : « *Frustra probatur quod probatum non relevat* (2). » Au principe, l'on admet toutefois des exceptions ; cela lorsque le tiers agit en vertu de l'article 1166, ou lorsqu'il prétend avoir été induit en erreur sur la nature de l'association par les agissements des associés.

A notre avis, la règle à poser est tout inverse, encore bien qu'en fait les conséquences soient identiques. On admet, en effet, dans le système adverse,

(1) Pont, n° 1814. Bédarrides, n° 465.

(2) Bédarrides, n° 462.

que les tiers pourront recourir à la preuve testimoniale dès qu'ils y auront intérêt. Mais ce n'est que dans ce cas que la question se pose ; à quoi bon dire qu'en principe le tiers ne peut prouver par témoins la participation, puisque cette participation n'existe pas à son égard ? La règle véritable est celle-ci : les tiers peuvent prouver par témoins la participation chaque fois qu'ils auront le droit de se prévaloir de son existence. Ce faisant, ils usent d'un droit que leur reconnaît l'article 1348 du Code civil (1).

98. b). Aveu et serment. — Nous n'avons rien de particulier à dire sur ces deux moyens de preuve. Il y aura lieu à l'application pure et simple des principes posés par le Code civil (2).

§ III. *Présomptions.*

99. Nous serons tout aussi brefs au sujet de la preuve par présomptions. Elle est admise en notre matière par cela même que la preuve testimoniale l'est, et par application de l'article 1353 du Code civil. Il faut d'ailleurs que les présomptions soient graves, précises et concordantes (3).

100. Nous n'avons envisagé jusqu'ici les divers modes de preuve, qu'en tant qu'ils devaient servir à prouver la formation de l'association. Les mêmes moyens pourront être employés pour prouver sa dissolution, comme aussi pour établir les modifications

(1) Pont, n° 1815. Alauzet, n° 418, D. R. A., n° 1638. Paris, 19 avril 1833. D. R. A. n° 1638. Nancy, 3 février 1848, S. 48, 2, 183.

(2) Colmar, 21 mai 1813, D. R. A. n° 1641.

(3) Cassat., 30 juillet 1877, D. P. 78, 1, 290.

qui auraient été apportées au contrat primitif. Si un acte écrit constate la création de la participation, sa dissolution pourra néanmoins être prouvée par témoins. Ajoutons enfin que la dissolution, pas plus que la formation de l'association, n'a besoin d'être publiée (4).

SECTION III.

Des attributions respectives de la Cour de cassation et des juges du fond.

101. Nous devons examiner dans cette section quels sont les pouvoirs respectifs de la Cour de cassation et des juges du fond en ce qui concerne la reconnaissance de l'existence d'une participation.

Voici comment la question se pose. Nous supposons que devant une Cour d'appel, par exemple, il s'agisse d'une association qu'on prétend résulter de certains faits, et qui revêt tels et tels caractères. On prétend que ces caractères sont constitutifs de la participation. Un arrêt intervient qui constate les faits, constate qu'il y a eu une association et qu'elle avait certains caractères, enfin dit que cette association était une association en participation.

Trois éléments sont donc à distinguer dans cet arrêt ; 1^o la détermination des faits ; 2^o la constatation d'un contrat revêtant certains caractères, qui résulte de ces faits ; 3^o la qualification de participation donnée à ce contrat. Quel doit être, à chacun de

(4) Req., 10 janvier 1831, S. 32, 1, 207. Pont, n^o 1821. Delangle, n^o 629. Alauzet, n^o 419.

ces points de vue, le rôle et le pouvoir de la Cour suprême ?

102. Point de doute en ce qui concerne la détermination des faits ; elle est soustraite au contrôle de la Cour. Passons donc au second élément. Ici encore il nous semble que la décision des juges d'appel échappe à toute censure. Supposons, en nous plaçant dans le système consacré à une certaine époque par la jurisprudence, qu'une Cour ait reconnu, en fait, que les opérations dont s'occupait la participation n'étaient pas des opérations momentanées, qu'elles comprenaient, par exemple, l'exploitation d'une maison de bains, et que cependant cette Cour décide qu'il n'y a là qu'une ou plusieurs opérations déterminées. C'est une appréciation de pur fait, qui n'est motivée par aucune considération de droit. Il en serait de même si la Cour, tout en reconnaissant que les associés ont agi sous une raison sociale, affirmait que néanmoins l'association est restée ignorée des tiers.

103. Mais, si nous arrivons au troisième élément, nous reconnaitrons qu'ici l'intervention de la Cour de cassation est légitime et nécessaire. Prenons une espèce. Le 1^{er} juin 1864 (1), la cour de Pau rendit un arrêt par lequel elle jugeait qu'il y avait société en nom collectif dans une association ayant pour objet l'exploitation d'une usine à gaz. Cependant l'association était restée occulte, il n'y avait pas de nom social, un des associés seul contractait avec les tiers. « Considérant, dit la Cour, qu'il est de principe qu'une

(1) S. 1867, 1, 313.

société qui embrasse, dans un genre particulier d'industrie, toutes les affaires qui peuvent se présenter, constitue une société en nom collectif et non une société en participation ». On le voit, dans cette décision, la Cour détermine la nature légale de la participation ; elle dit quels sont les caractères que doit revêtir une association pour constituer ou non une participation.

104. Il nous paraît incontestable que, ce faisant, la Cour apprécie un point de droit. C'est la loi qui fixe les éléments distinctifs des diverses espèces de sociétés, qui dit à quel signe on devra les reconnaître. Que si un texte précis ne le dit pas, c'est l'usage qui fixe la règle, et qui acquiert ainsi force de loi, s'il est constaté d'une façon certaine. C'est là le cas de la participation ; ses caractères résultent surtout de la tradition ; mais cette tradition est constante, certaine ; elle doit constituer une règle uniforme qu'il faut appliquer dans le silence de la loi. La Cour de cassation, qui doit précisément maintenir cette uniformité dans les décisions de la jurisprudence, doit soumettre à son contrôle et casser celles de ces décisions qui méconnaîtraient les usages.

105. Que si l'on ne veut pas accorder cette force légale aux usages, on est obligé d'aboutir cependant aux mêmes conclusions. Lors, en effet, qu'un arrêt refuse de voir une participation dans une association, et déclare que cette association constitue une société de commerce, ou *vice versa*, l'arrêt fait évidemment à cette société de commerce une application de la loi écrite qui en fixe les caractères. Cette application de la loi doit être soumise à la Cour suprême.

106. Il faut d'ailleurs remarquer que dans l'espèce de l'arrêt de Pau que nous avons cité, la Cour relève un caractère qui, dans son système, est consacré par la loi. C'est en effet l'article 48 qui dispose que la participation doit avoir pour objet une ou plusieurs opérations déterminées, et c'est sur ce texte de loi qu'on s'appuie. La Cour de cassation devait donc statuer sur la saine application de ce texte ; c'était à elle de dire si oui ou non il fixe un caractère essentiel de la participation ; si oui ou non, à défaut de détermination de l'objet de la participation, il y a une société en nom collectif.

107. Cependant l'arrêt de Pau fut déféré à la Cour suprême ; et cette Cour, consacrant une longue jurisprudence antérieure (maintenue jusqu'à ce jour), affirma que les décisions des juges du fond échappaient à son contrôle, lorsqu'elles déterminaient les caractères de la participation : « Attendu, dit l'arrêt du 8 mai 1867, qu'en appréciant d'après les actes et les faits de la cause, le caractère de la société... et en décidant, par suite, que ladite association était une société en nom collectif, entraînant la solidarité des associés, la Cour n'a fait qu'user de son droit d'interprétation et n'a violé aucune loi... rejette. (1) » La même doctrine est indiquée en termes plus formels encore dans un arrêt du 8 juillet 1879 (2) : « Attendu que la question de savoir si une association commer-

(1) Sir. loc. cit.

(2) Cass., 8 juillet 1879, S. 81, 1, 317. Voyez de même : Cass., 21 mars 1876, S. 79, 1, 454. Cass., 26 août 1879, S. eod. loc. Cf. Alauzet, n° 415.

ciale constitue une participation ou une autre espèce de société est *une question de fait exclusivement réservée aux juges du fait* ; que dès lors leur décision sur ce point échappe au contrôle de la Cour de cassation. . . . »

108. Comment expliquer maintenant une jurisprudence qui viole aussi manifestement les principes ? C'est là un résultat de cette doctrine fâcheuse qui veut trouver dans la nature de l'objet le signe distinctif de l'association en participation. Or nous avons vu combien ce caractère était incertain et difficile à préciser ; nous avons dit aussi combien il était peu juridique. En sorte qu'il est aisé de concevoir que la Cour suprême ait été amenée à reconnaître qu'il n'y avait point de question de droit impliquée dans la qualification d'une association en participation. Quand dira-t-on que la loi est violée, lorsqu'il faut apprécier des termes aussi vagues que ceux dont se sert l'article 48 ? — C'est bien l'avis des auteurs qui ont soutenu le système en question, et nous avons déjà eu l'occasion de dire que l'un d'eux (1) avouait qu'il n'y avait, en cette matière, que des questions de fait à réserver à l'appréciation arbitraire des tribunaux.

109. Il n'en est pas moins vrai que l'on arrive à ce résultat qu'il n'y a pas dans notre législation de définition de l'association en participation, que tout est question de fait. La Cour de cassation le dit expressément dans l'un des arrêts qui ont fondé sa jurisprudence (2) : « Attendu que la loi , après avoir succes-

(1) Pardessus, p. 177.

(2) Cass., 8 janv. 1840, D. R. A. n° 1608.

sivent défini trois espèces de sociétés de commerce, se borne à reconnaître l'existence des associations commerciales en participation ; — qu'elle ne définit point ces associations ; — qu'elle énonce purement et simplement que ces sortes d'associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce ; — que dans cet état de la législation, la question de savoir si une association commerciale constitue une pure association en participation, ou une société qui a pour objet de faire le commerce d'une manière générale, est une question de fait exclusivement dévolue à l'appréciation du juge du fait. . . . etc. »

110. Chose singulière, lorsque la Cour suprême se trouve en présence de caractères autres que celui résultant de la nature des opérations, tels que le caractère occulte, elle ne juge plus du tout que ce soient là questions de fait réservées à l'appréciation des juges du fond. On peut citer à cet égard un arrêt de pure doctrine (1) : « Attendu que ce qui caractérise principalement la société en nom collectif, et la distingue de la société en participation, c'est que la société forme un être moral qui se sépare complètement de chaque associé ; que cet être moral est représenté par la raison sociale ; que les engagements pris sous la raison sociale obligent tous les associés, tandis que dans la société en participation il n'existe ni être moral séparé de chaque associé, ni raison sociale, et les engagements qui sont pris par les associés n'obligent que ceux qui les souscrivent ; attendu que dans

(1) Cassat., 29 juillet 1863, D. P. 64, 1, 27.

l'espèce les associés ont stipulé une raison sociale, et le pouvoir donné à chaque associé de faire publier la convention ; qu'il résulte de l'ensemble des stipulations de l'acte de société, que les parties avaient entendu que les engagements qui seraient pris sous la raison sociale obligeraient les deux associés ; qu'ainsi l'association dont il s'agit réunissait les caractères de la société en nom collectif ; qu'en l'appréhendant ainsi l'arrêt attaqué n'a violé aucun des principes invoqués par le pourvoi » (1). Il semble bien résulter de cet arrêt que le pourvoi aurait été admis si la Cour d'appel avait jugé en sens contraire.

111. En sorte que la Cour suprême reconnaîtrait bien que tout au moins en ce qui concerne certains caractères la décision des juges du fond n'échappe pas à son contrôle ; ce serait le cas de l'existence d'une raison sociale, d'un siège social, d'engagements communs. Mais les tribunaux et Cours d'appel jugeraient souverainement en fait si la nature de l'objet est exclusive de l'existence d'une participation. Cette distinction pourrait peut-être se justifier ; mais, d'abord, elle ne ressort pas expressément des arrêts ; puis elle part de ce principe erroné que la participation ne saurait s'appliquer à toute espèce d'opérations.

Quoi qu'il en soit, il faut regretter qu'en cette occasion la Cour suprême ait reculé devant la solution du problème qui s'imposait, et qu'elle ait cru

(1) Voyez encore : Req., 11 mai 1857, D. P. 57, 1, 303. Cassat., 4 décembre 1860, D. P. 61, 1, 302. Req., 20 novembre 1861, D. P. 62, 1, 132. Req., 30 juillet 1877, D. P. 78, 1, 290. Req., 21 juin 1864, D. P. 64, 1, 389. Cassat., 10 août 1859, S. 60, 1, 29.

pouvoir suppléer au silence du législateur par sa propre abdication.

CHAPITRE IV

Effets de la participation dans les rapports des associés avec les tiers.

112. Au moment d'aborder l'étude des effets de la participation, il importe d'indiquer brièvement comment cette association est organisée au point de vue de son administration et de son action. Il faut, à ce sujet, distinguer, d'une part, le ou les gérants, et, d'autre part, le ou les associés inactifs. Dans ce dernier cas, chaque associé agit isolément à l'égard des tiers, puisque cette action individuelle est de l'essence même de la participation ; en sorte que, par rapport à toute la série des affaires qu'il a faites personnellement, il est gérant, les autres coparticipants étant des associés inactifs.

113. Cette distinction établie entre le gérant et les associés inactifs, quelle est la nature des pouvoirs du premier ?

Les tiers ne voient en lui qu'une personne agissant sous sa responsabilité propre et individuelle. A leur égard il dispose librement de tout son patrimoine personnel, et, dans la limite des pouvoirs qui lui ont été accordés, des choses à lui remises pour la gestion de l'affaire.

Dans ses rapports avec ses coassociés le gérant est un mandataire. Il a mandat de faire les opérations

convenues et d'employer à cette fin les mises des associés. Ce mandat résulte nécessairement de l'acte d'association et ne pourra donc être révoqué que si cet acte lui-même cesse de produire ses effets, c'est-à-dire si l'association est dissoute.

114. En principe, le gérant est maître de l'affaire. Nous avons vu cependant que le contrat peut valablement exiger pour certains actes le concours de tous les associés. Ce droit d'intervention des associés inactifs n'existe point *ipso jure* ; il faut que l'acte d'association l'ait expressément prévu, alors même que tous les associés seraient gérants. Il n'y a pas lieu, en effet, d'appliquer ici l'article 1859 du Code civil. Ce texte est relatif aux sociétés ; or la participation n'en est pas une. Dans le silence des parties, c'est aux principes qu'il faut se référer ; ils veulent que dans la participation tout soit individuel, que l'action de chaque associé soit personnelle et isolée (1).

115. Si les associés inactifs n'ont pas, en principe, le droit d'intervenir dans la gestion, faut-il aussi leur interdire la faculté d'agir comme mandataires du gérant ? Faut-il appliquer l'article 27 du Code de commerce ? Nous ne le pensons pas. Le texte que nous venons de mentionner est tout spécial et motivé par des raisons particulières. On a craint que l'intervention des commanditaires ne fut de nature à tromper les tiers sur le rôle qu'ils jouaient dans la société. Mais cette raison suppose la société connue des tiers ; or la participation est occulte ; rien ne la révèle, on

(1) Pont, n° 1849.

ne l'invoque point dans les rapports avec les tiers. L'application de notre texte manquerait donc de toute espèce de fondement (1).

116. Nous avons indiqué que le gérant n'était réputé mandataire que dans ses rapports avec ses coassociés. On a cependant proposé une espèce où il semblerait que même à l'égard des tiers le gérant ne se présente que comme mandataire. Pierre remet des marchandises à Paul qui les revend comme mandataire de Pierre, moyennant une part dans les bénéfices. Paul apparaît comme gérant et cependant il agit comme mandataire. Mais il n'y a là véritablement qu'une apparence. En réalité c'est Pierre qui est le gérant, Paul étant l'associé inactif qui, nous venons de le dire, peut être le mandataire du gérant.

Cela dit, nous devons maintenant examiner successivement la situation respective des deux classes d'associés que nous avons distinguées. De là la division de notre chapitre en deux sections.

SECTION I. — *Situation du gérant.*

SECTION II. — *Situation des associés inactifs.*

SECTION I.

Situation du gérant.

117. Envisagée dans ses rapports avec les tiers, la situation du gérant se décompose en deux éléments : d'une part, le droit de disposition que lui confère l'acte d'association ou qui lui appartient en-dehors

(1) Pont, n° 1648.

de cet acte, comme aussi les droits qui naissent en sa faveur des actes qu'il a passés avec les tiers ; d'autre part, les droits que les tiers ont contre lui. Nous ferons de l'étude de ces deux éléments l'objet de deux paragraphes distincts.

§ I. *Droits du gérant.*

a). Droits de disposition.

118. Le gérant peut avoir entre les mains des biens de condition diverse suivant laquelle variera l'étendue de ses pouvoirs.

1) En premier lieu, nous rencontrons les biens faisant partie de son patrimoine, affectés aux opérations de l'association. Par exemple, le propriétaire d'une certaine quantité de marchandises est associé, pour les revendre de compte à demi, avec un tiers qui fait apport de certaines sommes nécessaires, ou qui fournit le navire qui doit transporter ces marchandises.

2) En second lieu, le gérant peut avoir entre les mains des choses à lui remises par les associés qui lui abandonnent tous leurs droits. Ils transfèrent au gérant la propriété des marchandises que celui-ci doit revendre pour le compte commun.

3) Puis il y a les biens dont les associés inactifs ont conservé la propriété en principe. Pour prendre une espèce : deux personnes se sont associées pour la vente des vins ; l'une fournit le local, le matériel, les vins, sans se dessaisir de sa propriété au profit du gérant qui, lui, mène le commerce, entre en rapports avec les consommateurs et place les vins.

4) Enfin, nous trouvons une dernière catégorie de biens ; les biens qui sont la propriété commune de tous les associés. C'est l'hypothèse de l'affaire Mouroult que nous avons déjà eu l'occasion de citer.

Voyons maintenant les pouvoirs du gérant par rapport à ces différentes classes de biens.

1).

119. Nous n'avons rien à dire des biens qui font partie du patrimoine du gérant. Celui-ci en disposera librement. Nous réservons toutefois sa responsabilité vis-à-vis de ces associés au cas où l'emploi qu'il aurait fait de ces choses n'aurait pas été conforme à la destination à laquelle l'acte d'association les affectait.

2).

120. En ce qui concerne les biens remis au gérant par les associés qui lui abandonnent tous leurs droits, celui-ci exercera tous les droits d'un propriétaire, sauf sa responsabilité vis-à-vis de ses coparticipants. Ce droit de disposition du gérant ne peut d'ailleurs exister que s'il y a eu un transfert régulier de propriété. Si donc l'apport des associés est un immeuble, nous réclamerons la transcription de l'acte d'association contenant le transfert (1). Pour les meubles, la simple possession du gérant validera tous les actes qu'il aura pu passer avec des tiers.

3).

121. Même solution pour les meubles à lui remis en vue des opérations de l'association, sans cependant qu'on ait entendu lui en transférer la propriété. Alors

(1) Bédarides, n° 448.

même qu'à cet égard il dépasserait les pouvoirs que lui confère l'acte d'association, l'article 2279 mettrait les acquéreurs à l'abri de toute revendication. — Mais, s'il s'agit d'immeubles, le gérant devra respecter les limites que le contrat a fixées à ses attributions ; s'il les franchit, les coparticipants pourront poursuivre contre les tiers l'annulation des actes passés avec eux.

Dans la limite de ces pouvoirs le gérant pourra concéder toute espèce de droits : droit de propriété, droits de servitude, hypothèques ou privilège. Ceux auxquels un droit de préférence aurait été concédé, exerceraient ce droit à l'encontre de tous autres créanciers, à l'encontre même des associés coparticipants (1).

4).

122. Supposons enfin que les choses soient la propriété commune des associés. Il y aura lieu de combiner les principes précédents. S'agit-il de meubles ? le gérant en disposera librement. Il est en effet réputé propriétaire au regard des tiers ; l'article 2279 garantit ces derniers contre toute évantualité d'éviction, au cas où le gérant eut dépassé ses pouvoirs de disposition. S'agit-il au contraire d'immeubles ? le gérant disposera librement de sa part de propriété, sauf sa responsabilité envers ses coassociés. Quant à la part de ces derniers, il devra se maintenir dans la limite des pouvoirs qui lui ont été confiés, et notamment il ne faut pas que l'association ait été dissoute. Si ces

(1) Troplong, loc. cit. — Bédarr., n^o 445.

pouvoirs étaient excédés, l'acte serait nul même à l'égard des tiers qui devaient se rendre compte à quel titre le gérant pouvait disposer de ces biens. Remarquons d'ailleurs que la participation ne cesse pas pour cela d'être occulte. Que devra prouver le gérant aux tiers ? ceci simplement, c'est qu'il a le droit de disposer de l'immeuble. Alors même que, pour faire cette preuve, il devrait exhiber l'acte d'association, on ne pourrait cependant dire qu'il cesse d'agir en son propre nom, et qu'il fait miroiter aux yeux des tiers le crédit de ses coassociés.

123. Parmi les valeurs que le gérant peut avoir entre les mains se trouveront souvent des effets de commerce. Si ces effets ont été souscrits au nom du gérant seul, il a assurément le droit d'en disposer. Mais a-t-il encore ce droit, si l'on suppose le billet souscrit non-seulement à son nom, mais encore à celui d'autres coassociés, ou même de tous les associés collectivement ?

On a soutenu l'affirmative par cet argument qu'il y avait là une conséquence nécessaire de la gestion (1). La raison ne nous paraît pas décisive. Les tiers se refuseront évidemment à négocier un billet qui porte d'autres signatures que celles du gérant ; la négociation, si elle a lieu, ne sera valable, à notre avis, que pour la part du gérant. En principe, un billet n'est en effet valablement négocié que par tous ceux au profit desquels il est souscrit ; pour déroger à ce principe il faudrait une procuration spéciale des

(1) Delangle, n° 620.

coassociés, qui ne nous paraît pas résulter, *ipso jure*, de l'acte d'association.

b) Droits résultant pour le gérant des actes qu'il a faits.

124. Le gérant agit seul et en son propre nom ; c'est donc en sa personne que se produisent, en principe, toutes les conséquences des actes qu'il a faits. A-t-il acheté des marchandises pour le compte de la participation ? c'est lui qui en est le propriétaire, sauf les réserves que nous aurons à faire plus tard. A-t-il vendu ? a-t-il prêté ? c'est lui qui devient créancier, c'est lui seul qui pourra poursuivre le débiteur pour obtenir le paiement de la dette. Plus généralement, il agit en justice pour toutes les affaires intéressant l'association. Il représente dans ce cas les divers associés, et, par suite, ceux-ci ne pourraient ni intervenir en appel, ni former tierce opposition contre les jugements condamnant le gérant. Ce n'est là que l'application des articles 466 et 474 du Code de procédure. Nous réservons, bien entendu, l'hypothèse où le gérant aurait colludé avec les tiers (1).

§ II. *Droits des tiers.*

125. Les tiers exerceront d'abord tous les droits que le gérant avait le pouvoir de leur conférer, soit que celui-ci ait agi dans l'intérêt de l'association, soit qu'il ait agi dans son intérêt personnel.

126. Nous supposons des tiers devenus créanciers

(1) Delangle, n° 621. Pont, n° 1846. Bord., 9 janvier 1826. D. R. A., n° 486.

du gérant. Quelle sera l'étendue de leur droit de gage ? Il faut, à ce sujet, distinguer, d'une part, les biens dont les associés ont conservé la propriété totale ou partielle, encore bien qu'ils aient donné au gérant le pouvoir d'en disposer ; — et, d'autre part, les biens qui sont la propriété du gérant. En ce qui concerne la première catégorie, nous en renvoyons l'étude au moment où nous examinerons les rapports des tiers et des associés inactifs. Voyons donc ce qui concerne la seconde des catégories indiquées. La question est de savoir s'il faut introduire en notre matière la distinction établie quant aux sociétés de commerce, entre les créanciers personnels du gérant et les créanciers sociaux. Nous entendons par créanciers sociaux ceux vis-à-vis desquels une dette a été contractée dans l'intérêt des opérations de la participation. Ces créanciers sociaux peuvent-ils prétendre avoir un droit de gage exclusif sur les biens du gérant affectés à l'exploitation entreprise par la participation ? — Le gérant est, par exemple, entrepreneur de travaux publics ; il achète des fournitures ; les créanciers auront-ils sur tout le matériel de l'entreprise un droit de préférence, par cela seul qu'ils sont créanciers sociaux ? Ecarteront-ils les créanciers personnels du gérant ?

127. Voici le langage que pourraient tenir ces créanciers sociaux : les sommes qui nous sont dues ont été employées dans l'intérêt de l'association ; c'est elle qu'en réalité nous avons pour débitrice ; nous prétendons exercer nos droits sur les choses qui, affectées aux opérations sociales, forment le patrimoine

de la participation et le gage exclusif de ses créanciers.

Ce langage n'est pas admissible, et l'on ne saurait distinguer entre les créanciers personnels et les créanciers sociaux. En raisonnant comme nous avons dit, ces derniers se posent en créanciers non plus du gérant, mais de l'association ; ils la considèrent comme une personne morale susceptible d'avoir un patrimoine propre ; et, de fait, chaque fois que pareille hypothèse s'est présentée devant les tribunaux, c'est la personnalité morale de la participation qui s'est trouvée en jeu. Or, cette personnalité n'existe pas ! il n'y a pas d'actif de l'association ! il y a des créanciers sociaux dans l'acception où nous avons pris ces termes, mais il n'y a pas de créanciers de l'association, parce que cette association n'existe pas à leur égard ; il n'y que des créanciers personnels du gérant (1).

128. La solution que nous venons de donner est absolument générale. Elle s'appliquera même aux associés qui se présenteraient comme créanciers sociaux et prétendraient, par exemple, pour le recouvrement de leur part de bénéfices, avoir un droit de préférence. Eux non plus ne sauraient distinguer entre les divers biens du gérant, et arguer d'un actif social dont l'existence est contraire à l'essence même de la participation.

129. Nous avons supposé un conflit s'élevant entre des créanciers sociaux et des créanciers personnels. Il peut s'élever entre les créanciers sociaux mêmes.

(1) Cass., 2 juin 1834 S. 34, 1, 603. Cass., 19 mars 1838, S. 38, 1, 343. Cass., 15 juillet 1846, S. 49, 1, 289, Troplong, n° 864.

Voici l'espèce. Pierre et Paul sont associés en participation pour l'exécution de certains travaux, exécution dont Pierre seul est chargé. Pierre a besoin de fonds ; il les obtient de Jacques. Les travaux exécutés, des mandats de paiement sont délivrés à Pierre. Jacques fait saisie-arrêt entre les mains du payeur. Paul, lui aussi, fait saisie-arrêt. Jacques, alors, émet la prétention d'être payé de préférence à Paul ; car, dit-il, les sommes que j'ai prêtées ont servi à l'entreprise ; j'ai fait l'affaire des associés, je dois être payé de préférence.

Il faut distinguer suivant le titre auquel se présente le coparticipant. A-t-il saisi par ce seul motif qu'étant associé il a droit à une part des bénéfices ? alors Jacques triomphera. Il n'y a pas, en effet, de bénéfices tant que les dettes n'ont pas été payées. Mais Paul peut invoquer l'acte d'association à d'autres points de vue ; il a, par exemple, fait apport du matériel de l'entreprise moyennant le remboursement d'une somme fixe et une part dans les bénéfices. En ce qui concerne la somme convenue il viendra au concours avec le créancier Jacques ; tous deux sont en effet dans la même situation ; tous deux doivent être envisagés comme créanciers personnels du gérant (1).

130. Nous n'avons supposé jusqu'ici que le cas où il y aurait un seul gérant. Il se peut qu'il y en ait plusieurs et qu'ils aient contracté conjointement des

(1) Cf. Cass., 17 août 1864, S. 65, 1, 183. Alauzet, n° 414.

engagements envers des tiers. Ceux-ci auront-ils une action solidaire contre les gérants ?

A notre sens, oui ! Sans doute, il n'y pas à invoquer ici les principes de la société en nom collectif. Il n'y a pas lieu non plus d'appliquer l'article 1862 ; ce texte vise les sociétés, or la participation n'en est pas une. Ce qui nous détermine, c'est que c'est un principe constant en matière commerciale que les engagements contractés conjointement par plusieurs personnes sont réputés solidaires (1).

SECTION II.

Situation des associés inactifs à l'égard des tiers.

131. Nous diviserons cette section, comme la pré-

(1) Ce principe est reconnu aujourd'hui par la plupart des auteurs et des arrêts. Déjà les jurisconsultes et les tribunaux italiens étaient unanimes sur ce point. « *Procedit potius ex consuetudine mercatoria quam de jure sed est notoria et non debet probari* », dit une décision de la rote de Gênes (Straccha, décis. 30, n° 5 — 46 n° 5. Dans notre ancien droit il en était de même. Un arrêt du Parlement de Paris, du 18 janvier 1633, constate la solidarité comme étant la règle des engagements conjoints, en matière de commerce. L'auteur qui rapporte l'arrêt ajoute : « Cela s'observe ainsi dans toutes les juridictions des marchands, qui par là ont renouvelé et introduit l'ancienne jurisprudence qui en disposait de la même sorte. » Bardet, Recueil d'arrêts du Parlement de Paris, t. II, liv. II, ch. III). Dans son commentaire sur l'article 7 du titre IV de l'ordonnance de 1673, Bornier rapporte que : « Il a été aussi jugé par arrêt du Parlement de Toulouse, du 17 juin 1672... que deux marchands ayant fait un billet pour marchandises prises en commun sans qu'il y eut aucune société entre eux, peuvent être poursuivis pour le paiement d'icelui ;.... et que lorsque plusieurs marchands, achètent conjointement de la marchandise d'un autre marchand, et qu'il s'oblige de payer par une même cédule, ils sont aussi solidairement obligés. » Enfin Pothier, lui aussi, affirme que le principe de la solidarité a passé en maxime. (Oblig. n° 266). — Cass., 10 août 1875, S. 76, 1, 121.

cédente, en deux paragraphes. Nous rechercherons, en premier lieu, quels sont les droits des associés inactifs ; en second lieu, quels sont les droits des tiers.

§ 1. Droits des associés.

Les droits des associés peuvent être envisagés à deux points de vue : d'une part, quant au droit de disposition qu'ils ont relativement aux choses affectées aux opérations de l'association ; d'autre part, quant aux droits qu'ils peuvent exercer contre les tiers.

a). Droit de disposition.

132. Ici une nouvelle distinction s'impose. Envisageant un associé en particulier, il faut séparer les choses dont le gérant ou ses coassociés sont propriétaires de celles dont lui-même est propriétaire. Examinons successivement ces deux points.

1) Choses sociales (c'est-à-dire affectées aux opérations de la participation), dont l'associé n'est pas propriétaire.

133. Il est bien certain que cet associé n'a le pouvoir d'exercer à leur sujet aucun acte qui soit étranger à l'objet de l'association. Mais supposons qu'il agisse dans l'intérêt de l'association : il contracte, par exemple, un emprunt dont il verse le montant au gérant ; ou bien, trouvant une occasion favorable, il vend les marchandises dont le gérant était propriétaire. Deux questions se posent. L'associé inactif a-t-il pu conférer un droit quelconque sur les choses sociales ? En second lieu, a-t-il pu, par ses engagements, conférer au créancier un droit de gage sur ces

choses sociales qui ne lui appartiennent pas ? À l'une et à l'autre question nous donnons une réponse négative.

134. D'abord, il n'a pas pu disposer des choses sociales, parce qu'elles n'étaient pas à lui, et qu'il ne puisait aucun pouvoir particulier dans l'acte d'association. Comme d'autre part, il n'avait pas ces choses entre les mains, il n'a pu mettre les tiers dans la situation d'invoquer l'article 2279.

En ce qui concerne le droit de gage, il ne saurait exister. Pour qu'on pût le reconnaître, il faudrait admettre que la participation existe en regard des tiers, qu'elle constitue une personne morale représentée dans la circonstance par l'associé. Or toutes ces considérations sont évidemment inexactes. Il n'y a, en matière de participation, que des créanciers personnels du gérant ou de l'associé, n'ayant de droit de gage que sur les biens respectifs de l'un ou de l'autre.

2) Choses sociales dont l'associé est copropriétaire ou propriétaire unique.

135. Ici, le principe que tout est individuel dans la participation nous amènera à des conséquences inverses des précédentes. L'associé pourra disposer librement de toutes les choses dont il est resté propriétaire unique, alors même qu'il les aurait confiées au gérant avec pouvoir de les aliéner ; — il disposera de sa part de propriété dans les choses dont il est simplement copropriétaire. Les coassociés ne pourraient opposer au tiers qui invoquerait les droits à lui concédés, une association qui n'existe pas à son

égard. — Nous constatons donc ici une différence avec les sociétés ordinaires où l'article 1860 refuse aux associés non administrateurs le droit de disposer des choses dépendant de la société ; cette différence n'est pas admise par les auteurs qui voient dans la participation une véritable société (1).

Il résulte de ce que nous venons de dire, que les créanciers personnels de l'associé pourront exercer leur droit de gage sur les biens dont il est question.

b) Droits des associés contre les tiers.

136. Nous supposons un tiers traitant avec le gérant. Quels sont les droits des associés à son égard ? Le principe est net. Le tiers n'ayant traité qu'avec le gérant, n'ayant connu que lui, n'est d'aucune façon le débiteur des associés inactifs qui ne sauraient donc avoir une action directe contre lui (2).

Mais s'il n'y a pas d'action directe, il existe à leur profit l'action oblique de l'article 1166 chaque fois qu'ils pourront l'invoquer.

137. Il faut même aller plus loin, et reconnaître dans certaines hypothèses une action directe. Ces hypothèses sont toutes celles où l'associé gérant peut être considéré comme le commissionnaire de l'associé inactif. Il est, en effet, difficile d'analyser autrement qu'en un contrat de commission, l'opération par laquelle le gérant vend en son propre nom une chose dont l'associé inactif est propriétaire. Toutes les fois donc que l'on aura affaire à des circonstances pareil-

(1) Pont, n° 1841.

(2) Bastia, 25 avril 1855, S. 55, 2, 422.

les, le gérant sera réputé commissionnaire. Or, bien que la question soit discutée, nous pensons que le commettant a une action directe contre les tiers qui ont traité avec le commissionnaire. Cette action appartiendra ici à l'associé inactif, qui pourra, par exemple, revendiquer le prix encore dû de marchandises dont il était propriétaire, et dont le gérant avait fait la vente (1).

§ II. Droits des tiers.

138. Nous rechercherons successivement quels sont les droits que les tiers peuvent exercer sur les choses sociales demeurées la propriété des associés inactifs, quelles sont les actions qu'ils peuvent exercer contre eux.

1) DROITS DES TIERS SUR LES CHOSSES SOCIALES.

Il faut distinguer parmi les tiers trois catégories de créanciers. En premier lieu les créanciers personnels du gérant ; en second lieu les créanciers sociaux ; enfin les créanciers personnels des associés inactifs.

139. a) Créanciers personnels du gérant. — Ces créanciers peuvent-ils exercer leur droit de gage sur les choses qui se trouvent entre les mains du gérant, mais qui sont demeurées la propriété de ses coassociés ? Voici le langage qu'ils pourraient tenir : il est de principe que la participation est occulte et que le gérant est réputé vis-à-vis des tiers seul propriétaire des choses qu'il a mission de ven-

(1) Pont, n° 1854. Alauzet, n° 410. Bédarride, n° 443. Cass., 23 février 1864, S. 64, I, 63.

dre ; comment donc nous opposerait-on une participation que nous ignorons, la propriété d'un associé que nous ne connaissons pas et qui, d'ailleurs, a conféré au gérant tous pouvoirs de disposition.

140. Ce langage n'est pas admissible. Comment, en effet, faut-il entendre ce principe que le gérant est réputé propriétaire à l'égard de tous tiers ? Il faut l'entendre en ce sens que dans ses rapports avec celui auquel il vend la chose, il est réputé propriétaire ; l'acheteur n'agit qu'avec lui seul et ignore l'associé inactif.

Mais, tant que les marchandises n'ont pas été vendues (pour prendre un exemple concret), c'est l'associé qui est propriétaire ; ces marchandises sont dans les mains du gérant et non dans son patrimoine ; il a simplement le pouvoir d'en disposer ; il n'a pas de propriété et ses créanciers n'ont donc pas à exercer leur droit de gage.

141. Bien plus ; supposons les choses vendues : les créanciers personnels du gérant pourront-ils prétendre toucher le prix pour le faire tomber dans la masse, au cas où le gérant serait en faillite ? en sorte que l'associé propriétaire serait réduit à ne prendre qu'un dividende ? Pas davantage. L'associé inactif, même après la vente, conserve sa qualité antérieure ; il pourra revendiquer le prix encore dû à l'exclusion des créanciers de la faillite. Ce n'est qu'au cas où le prix aurait été versé qu'il se trouverait simple créancier du gérant, réduit au dividende produit par la faillite.

Ces principes ont été affirmés par un arrêt de la

Cour de cassation du 23 février 1864 : « Attendu, dit la Cour, qu'en expédiant sa marchandise à Marseille, dans les magasins de Pierre chargé de la vente, Paul en a conservé la propriété, non-seulement à l'égard de Pierre, auquel il ne devait qu'un compte, mais encore à l'égard des créanciers de celui-ci, qui n'ont pas sur cette marchandise plus de droits que leur débiteur, et qui ne sont pas autorisés, en cas de faillite de celui-ci, à la considérer comme un gage pour leurs créances, puisque cette marchandise n'est jamais entrée dans son patrimoine (1). »

142. b) Créanciers sociaux. — Nous avons déjà eu l'occasion de dire qu'il n'y avait pas à distinguer entre les créanciers personnels du gérant et les créanciers sociaux. Il n'y a en réalité que des créanciers personnels, dont les uns ont traité dans l'intérêt des affaires de la participation, les autres dans l'intérêt personnel du gérant. Pour que les premiers fussent admis à se prévaloir de l'origine de leur créance, il faudrait qu'ils pussent considérer la participation comme une personne morale ayant un actif social formant leur gage. Cela n'est pas.

143. c) Tiers ayant traité avec les associés inactifs. — Les associés peuvent concéder sur les choses sociales dont il ont conservé la propriété, toute espèce de droit si toutefois le gérant n'en a pas déjà disposé dans la limite de ses pouvoirs. On ne saurait opposer aux tiers la destination à laquelle ces choses étaient affectées ; car à leur égard, l'acte d'associa-

(1) Cassat., 23 février 1864, S. 64, 1, 63.

tion est une *res inter alios acta* qui ne les concerne point.

144. Les créanciers personnels d'un associé pourront exercer leur droit de gage général sur toutes les choses qui font encore partie du patrimoine de leur débiteur. Ils exerceront, en vertu de ce droit de gage, et par application de l'article 1166, les actions qui pourraient appartenir au coparticipant. Par exemple, si celui-ci tombe en faillite les syndics pourront revendiquer entre les mains du gérant les choses dont le failli avait conservé la propriété, ou le prix encore dû, si elle avaient été vendues ; sauf à tenir compte au gérant de la part de bénéfices qui lui revient dans l'opération dans la mesure du dividende produit par la faillite.

2) DROIT D'ACTION DES TIERS CRÉANCIERS SOCIAUX.

145. Nous rencontrerons ici un certain nombre de questions discutées, mais dont la solution nous sera facile, si nous appliquons les principes précédemment établis sur la nature de l'association en participation.

Nous supposons des tiers vis-à-vis desquels le gérant a contracté des engagements dans l'intérêt de l'association. Nous devons examiner d'abord si ces créanciers sociaux ont contre les associés inactifs une action solidaire, ou du moins une action directe *de in rem verso*. Nous verrons que sur ces deux points il faut donner une solution négative. Cela posé, nous dirons dans quelles limites il faut reconnaître la possibilité d'agir, et quelles exceptions il faut apporter aux principes.

146. a) *Y a-t-il une action solidaire ?* — Nous supposons qu'un gérant a traité en son propre nom, sans que ses associés lui aient donné mandat de les obliger. Le créancier a-t-il une action solidaire contre ces associés ?

La question étant ainsi posée d'une façon toute générale, la réponse négative n'est pas douteuse. Le créancier n'a pas contre l'associé d'action née *ex contractu*. Le principe, en effet, c'est que personne ne peut être obligé par le fait d'autrui ; c'est, d'autre part, que les rapports qui existent entre les coparticipants sont étrangers aux tiers qui ne sauraient ni s'en prévaloir, ni se les voir opposer. Quelles raisons pourrait-on donner pour déroger ici à ces principes ? Incontestablement il n'y en a point.

147. Cette solution théorique trouve sa confirmation dans les observations qui ont été présentées au cours des travaux préparatoires. Dans la séance du 15 janvier 1807 (1), Merlin soutint qu'il fallait donner une action solidaire contre l'associé inactif. Cette opinion attira une réplique de Regnauld de Saint-Jean-d'Angely qui dit que : « cette doctrine serait subversive des principes. Le refus du recours contre les associés en participation ne saurait tromper la foi publique, puisque le vendeur n'a connu que celui avec lequel il a traité directement, et n'a pas compté sur une autre garantie. Il en serait autrement, sans doute, si on lui avait annoncé qu'il aura en outre pour débiteurs des associés en participation ; alors le re-

(1) Loercé, t. 17, p. 193.

cours contre ces associés ne pourrait lui être refusé. Mais ce n'est là qu'une exception qui ne doit pas empêcher d'établir en principe que, hors cette circonstance particulière, le vendeur n'a pour garants que ceux auxquels il a directement vendu. »

148. Il n'y a donc pas de raison pour accorder au créancier, dans tous les cas, une action contre les coassociés. Mais trouvera-t-on un motif suffisant dans cette circonstance que l'engagement a profité aux affaires de l'association ? Donnera-t-on dans ce cas une action solidaire contre les coassociés ?

On l'a soutenu. C'est la doctrine exposée dans un réquisitoire de Merlin rapporté et confirmé dans ses *Questions de droit* (V. Soc., § 2). C'est aussi l'opinion de M. Pardessus qui exige, de plus, que les divers associés collaborent à l'affaire commune (1).

149. Sur quoi fonde-t-on cette opinion ? Trois espèces de considérations sont invoquées : l'état de la législation sous l'empire de l'ordonnance de 1673 ; des arguments tirés du droit romain ; enfin des arguments d'équité.

Et d'abord, dit-on, il est incontestable que sous l'empire de l'ordonnance de 1673 les tiers doivent avoir une action solidaire. Cela résulte manifestement de l'identité qui existe entre la situation du commanditaire et celle de l'associé inactif. « Dans l'une comme dans l'autre espèce, dit Merlin, il n'y a qu'une partie qui traite avec les tiers ; ceux que cette personne s'est associée demeurent inconnus. Mais dans l'une

(1) Pardessus, n° 1049. Cf. Cass., 26 mars 1817, S. 1817, 1, 301.

l'associé n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise, au lieu que, dans l'autre, il est obligé indéfiniment. Ainsi tout commanditaire est par cela seul associé anonyme ; mais tout associé anonyme n'est pas commanditaire. La société anonyme est le genre ; la société en commandite est l'espèce. » Or, le tiers a certainement une action directe contre les commanditaires ; Merlin a raison de le soutenir, contrairement à l'opinion de Pothier, qui, sur ce point, était contredit par tous les auteurs, et méconnaissait le texte même de l'ordonnance de 1673 (titre 4, article 7) ainsi conçu : « Tous associés seront obligés solidairement aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la compagnie et non autrement. » L'article 8, se plaçant dans cette hypothèse d'une action solidaire, en limite la portée, en disant, quant aux commanditaires : « Les associés en commandite ne seront obligés que jusqu'à concurrence de leur part. » Sous l'empire de l'ordonnance de 1673 les associés en participation sont donc obligés solidairement ; et comme le Code de commerce n'a modifié en rien cet état de choses, il subsiste encore aujourd'hui.

150. Mais comment justifier cette action ? comment expliquer cette dérogation à la règle que ceux-là seuls peuvent être poursuivis qui ont contracté avec le créancier, que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ? (art. 1165). On répond à cette question en invoquant ce principe d'équité, cette règle de droit naturel, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, un axiome que déjà le droit romain

avait consacré en matière de société, précisément dans notre hypothèse. Il y a à cet égard un texte formel, dit-on. C'est la loi 82 Pro Socio D. 17, 2. On y lit ces mots : « Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint. » Quand donc on justifie de l'emploi des deniers au profit de la société, les associés non contractants sont obligés. On prétend que cette façon d'interpréter le texte latin était unanimement admise, et l'on cite à cet égard Voet (1), Mornac (2), et Bourjon (3).

151. Au reste, sans entrer dans aucune de ces considérations historiques, l'équité à elle seule, l'enrichissement aux dépens du créancier, suffirait pour justifier l'action solidaire donnée à ce dernier (4).

152. Cette doctrine qui n'a rencontré aucune faveur auprès des interprètes du Code de commerce, nous paraît inadmissible, et dans son essence même, et dans les arguments sur lesquels elle se fonde (5).

Tout d'abord elle est incompatible avec la nature de la participation ; on ne saurait perdre de vue que cette association est occulte et qu'on ne peut en invoquer l'existence que dans les rapports des associés entre eux. L'affaire est menée par le gérant en son propre nom, pour son propre compte, aux yeux des tiers. En sorte qu'il est rigoureusement impossible de dire qu'une obligation a été contractée dans l'intérêt

(1) Comment. sur les Pand., tit. pro socio, n^{os} 13 et 14.

(2) Observat. sur la loi 82.

(3) Liv. 3, tit. 7, chap. V, sect. II.

(4) Pard., loc. cit.

(5) Bédarr., n^o 441. Alauzet, n^o 413. Rousseau, n^o 1821.

de l'association, puisque cette association n'a pas d'individualité, pas d'existence. Que le gérant soit convenu avec d'autres personnes de partager avec elles le bénéfice des opérations qu'il fait, cela ne regarde point les tiers qui ignorent cette convention. L'assimilation que l'on prétend établir entre la participation et la commandite est donc impossible, parce qu'elle méconnaît les conditions essentielles du premier de ces contrats.

153. Nous arrêtons-nous à l'argument tiré de la loi 82, pro socio ? A vrai dire, alors même que cette loi signifierait ce qu'on veut qu'elle signifie, nous ne lui accorderions qu'une médiocre importance. Nous ne sommes plus sous l'empire des lois romaines mais sous celui du Code de commerce. Mais cette loi ne vise même pas le cas auquel on prétend qu'elle s'applique. Ce n'est pas dans les rapports des associés avec les tiers, mais bien dans les rapports des associés entre eux, qu'elle constate l'existence d'une action. Ce qu'elle veut dire, c'est que l'associé qui a contracté avec le tiers, pourra, *lui*, agir contre son coassocié, pour se faire tenir compte de la part que celui-ci doit prendre dans une dette faite dans l'intérêt de la société. Voilà le sens exact de notre texte ; c'est ainsi que l'entendaient le président Favre (1) et Cujas. Voet, d'ailleurs, dont le système adverse invoque l'autorité, ne va point aussi loin que l'on prétend, il ne donne d'action contre l'associé que « quatenus inde ad ipsum pervenit, » et non point une action solidaire.

(1) Rat., t. V, p. 198.

154. L'argumentation que l'on fonde sur l'ordonnance de 1673 est non moins inexacte. On part en effet de cet idée que le silence de l'ordonnance, sur la participation, est tout involontaire, qu'il y a là une lacune de la loi, qu'il faut y suppléer par l'application des règles de la société en commandite. Mais comment supposer un pareil oubli, alors qu'on sait combien la participation était fréquente dans notre ancien droit ? Cela est inadmissible. Que si l'ordonnance ne parle pas de cette association, c'est qu'elle n'intéresse en aucune façon les tiers, et que dès lors il n'était besoin de la soumettre à des mesures spéciales. Voilà la véritable raison du silence de l'ordonnance. Elle laisse la participation soumise aux règles que les usages du commerce avaient établies ; ces usages refusaient toute action aux tiers. Aussi nos anciens auteurs sont-ils tous d'accord sur ce point : Pothier, Jousse, Bornier, Rogue, Savary, se prononcent en ce sens. Ce dernier, l'un des auteurs de l'ordonnance de 1673, dit formellement : « Celui des associés qui achète est celui qui s'oblige et paye au vendeur ; celui qui vend reçoit de l'acheteur ; ils ne s'obligent point tous deux ensemble envers une tierce personne ; *il n'y a que celui qui agit qui est le seul obligé* (1). »

155. Restent les considérations d'équité. Mais, évidemment, elles ne sauraient justifier une action solidaire ; si l'on agit parce qu'il y a eu enrichissement, ce ne peut être que dans la mesure de la part

(1) Parfait Négoc., loc. cit.

que chaque associé a dans cet enrichissement. Nous nous trouvons alors amenés à examiner la seconde des questions annoncées, celle de savoir s'il y a contre l'associé inactif une action directe *de in rem verso*, fondée sur l'enrichissement et donnée dans les limites de cet enrichissement.

156. b) *Y a-t-il une action directe de in rem verso ?*

On l'a soutenu par les considérations déjà indiquées : l'iniquité qu'il y aurait à permettre un enrichissement aux dépens d'autrui. On ajoute que ce ne serait là que l'application à notre matière de l'article 1864 du Code civil (1).

157. Quant à ce dernier point, disons immédiatement que dès lors que la participation n'est pas une véritable société, il ne saurait être question de lui appliquer un texte spécial aux sociétés, supposant d'ailleurs qu'on a contracté au nom de la société, et que par conséquent cette société peut exister à l'égard des tiers.

Voyons maintenant ce qu'il faut penser des considérations d'équité. On prétend qu'il y a enrichissement aux dépens d'autrui ! Mais c'est méconnaître la réalité des choses ! Pierre associé en participation avec Paul, emprunte 10,000 francs à Jacques ; il les emprunte en son propre nom, mais dans l'intérêt des affaires communes. Que deviennent ces 10,000 francs ? Ils entrent dans le patrimoine de Pierre ; ils deviennent siens ; et si, plus tard, ils ont été employés dans les affaires de l'association, c'est une somme appartenant

(1) Duranton, t. XVII, n° 456. Duvergier, n° 404. Vincent, t. I, p. 378. Malepeyre et Jourdain, p. 270.

à Pierre et non pas à Jacques qui aura profité à Paul. Si Paul doit être tenu à raison de son enrichissement ; c'est envers Pierre et non envers Jacques. C'est d'ailleurs Pierre et non Paul que Jacques pensait avoir pour créancier, et le refus de toute action directe contre le participant ne saurait lui causer de déception.

C'est bien ainsi que l'on entendait l'action *de in rem verso* à Rome. Le père de famille était tenu directement, dans la mesure de son enrichissement. C'est que cet enrichissement avait réellement eu lieu aux dépens du créancier ; les sommes prêtées par ce dernier étaient directement passées de son patrimoine dans celui du père de famille.

158. La conclusion qui résulte de tout ce que nous venons de dire, c'est qu'en principe les tiers n'auront jamais d'action directe contre les associés inactifs. Cette conclusion est admise aujourd'hui par les auteurs comme aussi par les arrêts. Si l'on cite parfois des décisions contraires de la jurisprudence c'est que ces décisions ont été déterminées par les circonstances de la cause qui ont pu faire croire les tiers à l'existence d'une société en nom collectif ; dans de pareils cas nous verrons bientôt qu'il y a lieu d'apporter des exceptions au principe. — On peut citer sur cette question les motifs d'un arrêt assez récent de la Cour suprême (1) : « Attendu que l'association en participation constituée sans publicité et sans raison sociale, n'a pas une personnalité distincte de celle des participants ; que ceux-ci opèrent individuellement en leur

(1) Cass., 26 août 1879, D. P. 80, 1, 120.

propre nom, sauf, plus tard, le compte des profits et des pertes qu'ils ont à se rendre entre eux ; qu'il suit de là que les tiers qui ont contracté avec l'un des participants dont ils sont demeurés créanciers, n'ayant aucun compte à demander de leur chef, aux autres participants dont ils n'ont pas suivi la foi, et auxquels ne les rattache aucun lien de droit, ne peuvent prétendre à aucune action directe, et à plus forte raison à aucune action solidaire contre les autres participants, alors même que ceux-ci auraient profité de l'opération ; » (1).

159. c) Exceptions au principe. — Nous devons examiner maintenant une série d'hypothèses où les tiers auront une action directe contre les associés.

1° On peut supposer que l'associé a participé à l'acte fait par le gérant, qu'il s'est vu obligé avec lui. L'associé sera dans ce cas obligé solidairement par application de ce principe de droit commercial, rappelé plus haut, qui répute solidaires toutes obligations conjointes.

160. 2° Même solution si les associés ont donné au gérant mandat de les obliger. Ici encore il y a une action à la fois directe et solidaire (2).

(1) Bordeaux, 13 avril 1848, D. P. 48, 2, 162. Lyon, 26 janvier 1849, S. 51, 2, 399. Agen, 23 novembre 1853, S. 54, 2, 23. Bord., 23 juin 1853, S. eod. loc. Aix, 16 mai 1868, S. 70, 2, 332. Cass., 21 mars 1876, D. P. 76, 1, 198. Rennes, 4 mars 1880, D. P. 81, 2, 210. Molinier, n° 596. Delam. et Lepoitv., t. III, n° 29. Delangle, n° 603. Bravard et Demangeat, t. I, p. 377. Bédarride, n° 441. Rousseau, n° 1821, Alauzet, n° 413. Vavasseur, n° 322. Troplong, n° 780. Pont, n° 1792. Boistel, p. 253. Massé, t. III, p. 489. Lyon-Caen, n° 530. *Contra*: Alger, 10 juin 1871, D. P. 72, 2, 207.

(2) Bordeaux, 19 juillet 1830, S. 31, 2, 75. Colmar, 29 avril 1850, S. 55, 2, 126.

Au reste, on peut remarquer que les deux cas que nous venons de citer n'intéressent en aucune façon les règles de la participation. Les solutions que nous avons données sont simplement l'application du droit commun.

161. 3^e Que décider au cas où le gérant, en contractant avec les tiers, a expressément indiqué qu'il agissait pour le compte de ses coassociés? Certains auteurs appliquent ici, d'une façon générale, le principe de l'article 1864; ils ne voient là que l'application pure et simple des règles de la gestion d'affaires(1).

Cette solution nous paraît beaucoup trop absolue. L'article 1864, nous avons déjà eu l'occasion de le dire, n'a que faire ici; la participation n'est pas une société. Reste donc seulement l'allégation d'une gestion d'affaires. Nous admettons volontiers l'action directe des tiers lorsque l'on se trouvera dans le cas d'une véritable gestion d'affaires; mais ce cas sera infiniment moins fréquent qu'on ne semble le penser.

Que faut-il pour qu'il y ait gestion d'affaires? il faut que le gérant ait entendu faire l'affaire d'autrui, et l'ait faite en réalité. Mais on voit immédiatement combien ce cas sera rare, puisque la nature même de la participation exige que chaque associé agisse en son nom, et fasse toujours sa propre affaire, sauf un compte à régler. Il ne fait pas l'affaire de ses coassociés, car leur affaire c'est simplement ce compte de bénéfices et pertes. Ce n'est que dans des hypothèses absolument exceptionnelles, où les associés auront été directement intéressés dans le contrat

(1) Pont, n^o 1852, Dall., R. A. n^o 1666.

intervenir, que l'on pourra reconnaître l'existence d'une gestion d'affaires. Par exemple, plusieurs maisons de roulage sont associées en participation. L'une d'entre elles trouvant l'occasion d'acheter des fourrages à d'excellentes conditions, s'en rend acquéreur, tant pour son compte que pour le compte de ses coassociés. Il y a là une véritable gestion d'affaires, et les tiers auront une action directe contre les coassociés.

162. 4° Examinons maintenant le cas où les associés, par leurs agissements, par leur immixtion constante dans les opérations du gérant, ont donné aux tiers occasion de croire qu'ils les auraient pour obligés. Prenons quelques exemples.

Pierre et Paul sont en participation pour l'exécution de travaux publics. Pierre est gérant. Mais Paul, au lieu de garder son rôle d'associé inactif, intervient d'une façon permanente dans la conduite des travaux ; il congédie et engage les ouvriers, fait faire certaines parties du matériel, donne des instructions pour les constructions, etc., etc... Les tiers assurément ont dû penser que l'affaire était commune à Pierre et à Paul et que Paul se trouvait engagé par les actes du gérant (1).

De même si, outre certains actes d'immixtion, l'associé inactif paye aux créanciers du gérant sa part dans la dette (2).

De même encore chaque fois que les associés auront usé d'une raison sociale (3).

(1) Nancy, 3 février 1848, D. P. 48, 2, 183.

(2) Poitiers, 6 avril 1870, D. P. 70, 2, 192.

(3) Aix, 4 juin 1868, D. P. 69, 2, 242.

163. Dans toutes ces hypothèses, et dans d'autres analogues, la jurisprudence reconnaît avec raison la possibilité d'agir solidairement contre les associés (1). Mais comment justifier juridiquement cette action ? Il serait inexact de dire que cette intervention active des associés non-gérants est toujours indicative d'une société en nom collectif dissimulée. Cela pourra être, et dans ce cas la solidarité qui existe à la charge des associés sera l'application des règles de la société en nom. Mais on ne saurait admettre que la situation doive toujours être envisagée de cette façon ; on ne tient pas compte en effet de l'intention des parties, laquelle peut avoir été exclusive de l'idée de société en nom collectif. Quel sera alors le fondement de l'action ?

Nous partageons l'opinion des auteurs qui voient là une application des articles 1382 et 1383. Au fond, les associés ont causé, par leurs agissements, l'erreur des tiers ; ceux-ci ont cru les avoir pour débiteurs, et, confiants dans leur solvabilité, ils ont traité avec le gérant. Si celui-ci devient insolvable il y aura un préjudice causé dont les auteurs sont les associés inactifs. Ce préjudice ils doivent le réparer en vertu des articles 1382 et 1383. S'il y a plusieurs associés coupables, leur responsabilité sera solidaire en vertu des usages commerciaux.

D'ailleurs il est bien certain que seuls les associés en faute seront solidairement tenus, car c'est cette faute qui est la cause de leur obligation, et cette faute est personnelle.

(1) Cassat., 23 juillet 1877, S. 77, 1, 405.

Ajoutons enfin que les tiers, au lieu d'agir contre les associés, pourraient, dans les limites de l'article 1110 du Code civil, arguer de leur erreur et se désister du contrat.

164. Nous venons d'indiquer les cas où, par exception, les tiers ont, contre les associés inactifs, une action directe. A défaut d'action directe, les créanciers du gérant pourront, du moins, exercer les droits de leur débiteur et user de l'action oblique que leur accorde l'article 1166. Leur situation dans ce cas sera bien moins favorable, puisqu'ils pourront se voir opposer toutes les exceptions qui pouvaient être invoquées contre le gérant (1).

Au cas où le gérant serait en faillite, il ne peut plus être question d'une action oblique. L'exercice des actions du failli est déferé à la masse qui agit alors en vertu d'un droit propre (2).

CHAPITRE V

Des effets de l'association en participation dans les rapports des associés entre eux.

165. Peut-être eut-il été plus logique d'adopter un ordre inverse et de placer ce chapitre avant le précédent. Mais comme nous aurons à nous occuper ici des effets que la dissolution de l'association produit entre les associés, il nous a paru naturel d'en remettre l'étude à la fin de notre travail.

(1) Cass., 11 avril 1849, D. P. 54, 5, 719.

(2) Molinier, n° 599.

Nous examinerons les effets du contrat dans deux sections distinctes. Dans une première section nous supposerons que l'association existe ; dans une seconde section nous la supposerons dissoute.

SECTION I

Effets durant l'association.

166. On peut, pour mieux étudier ces effets, envisager d'abord ceux qui naissent directement du contrat, puis ceux qui résultent des opérations entreprises, qui, du moins, supposent ces opérations commencées.

§ 1. EFFETS DÉCOULANT DU CONTRAT MÊME.

167. Nous rencontrons tout d'abord l'obligation de fournir leurs mises, qui existe à la charge des divers associés. Nous avons vu que ces mises ne deviennent pas *ipso jure* la copropriété des associés, si elles consistent en choses susceptibles de cette copropriété. Leur condition peut être diverse.

Ou bien la mise est restée la propriété de l'associé, qui la conserve parce qu'il est lui-même gérant ;

Ou bien, tout en conservant la propriété, l'associé a conféré au gérant le droit de disposer de la chose en vue des opérations de la participation.

Dans d'autres cas, les mises seront devenues la propriété même du gérant.

Enfin, il se peut que les apports forment la propriété commune des divers associés.

168. La translation de propriété, quand elle a lieu, résulte de l'acte d'association lui-même. En sorte que dans les trois derniers cas l'obligation de chaque as-

socié se résume en ceci : effectuer la prestation de son apport , le délivrer au gérant. Dans le premier cas, l'obligation de l'associé est une obligation qui lui incombe en tant que gérant ; elle a rapport à l'emploi qui doit être fait de la chose, et nous la retrouverons.

169. Supposons que la délivrance n'ait pas été faite. S'agit-il d'une chose autre qu'une somme d'argent ? On appliquera les principes ordinaires et l'associé sera condamné à tels dommages-intérêts qu'il appartiendra.

Mais l'apport peut consister en une somme d'argent. On sait que pour les dettes de ce genre, les dommages-intérêts ne consistent jamais que dans les intérêts légaux, courant du jour de la demande (art. 1153, C. civ). A cette règle, qui constitue le droit commun, la loi vient apporter en matière de société, une remarquable exception. L'article 1846 dispose, en effet, d'une part, que les intérêts courent du jour où la somme devait être payée, d'autre part, qu'il peut y avoir lieu à de plus amples dommages-intérêts. Voici alors la question qui se pose : appliquera-t-on à la participation le droit commun, ou devra-t-on lui étendre l'exception consacrée en matière de société ?

170. Certains auteurs ont soutenu la seconde opinion (1). Suivant eux, l'article 1846 doit s'appliquer ici non-seulement parce que la participation est une véritable société, mais encore parce que l'on retrouve les motifs qui ont dicté ce texte. Pourquoi, en effet, cette dérogation aux principes généraux ? C'est

(1) Delangle, n° 617. Pont, n° 1829. Poitiers, 15 mai 1822, D. R. A. n° 1645.

que, lorsqu'on met en société une somme d'argent, on se propose de retirer de cette somme un bénéfice évidemment supérieur aux intérêts légaux ; autrement, on se serait contenté d'en faire un placement ordinaire. Ce bénéfice particulier est aussi celui qu'on a en vue dans la participation. D'autre part, en ce qui concerne les dommages causés par le retard, il est certain que dans la participation comme dans les sociétés ordinaires ils peuvent être fort considérables ; ce retard aura le plus souvent arrêté ou du moins entravé les opérations, peut-être même fait perdre l'occasion qu'on se proposait de saisir. Ces considérations, toutes d'équité, suffisent pour justifier l'extension de l'article 1846 à notre matière.

171. Nous ne saurions méconnaître la force des arguments que nous venons d'exposer. Nous ne croyons cependant pas que l'équité seule puisse justifier une dérogation au droit commun, quelque rigoureux d'ailleurs et injuste qu'il soit. L'association en participation, d'autre part, n'est pas une société ; il faut considérer la somme due par l'associé comme une dette ordinaire envers un particulier.

Voilà le principe ; mais ce principe, nous ne l'appliquerons qu'en ce qui concerne le jour à partir duquel courent les intérêts. En ce qui concerne les dommages-intérêts, nous admettons les conclusions du système précédent, non par les motifs qu'il invoque, mais par d'autres considérations.

Il faut, en effet, remarquer que l'obligation d'un associé est complexe. Il ne doit pas purement et simplement verser une somme fixe à un jour donné. Il

est engagé envers ses coassociés par des liens qui durent après ce versement, qui l'obligent à contribuer à la bonne conduite des affaires communes par un paiement exact, qui exigent de sa part plus que la bonne foi ordinaire des contrats. En ne versant pas son apport il a manqué non-seulement à l'obligation qui lui incombait relativement à cet apport, mais encore à toutes les obligations accessoires attachées à sa qualité d'associé. C'est à raison de cette faute particulière qu'il sera tenu de tous dommages-intérêts reconnus justifiés (1).

172. Nous allons examiner maintenant quelles règles doivent être adoptées au sujet des risques quant aux apports. Il faut reprendre ici les diverses hypothèses que nous avons indiquées au début de ce chapitre.

1° Supposons d'abord que les mises soient devenues la propriété du gérant de la participation. Son coassocié lui expédie, par exemple, les marchandises qu'il doit vendre de compte à demi. Ces marchandises, dont la propriété a été expressément transférée au gérant par l'acte d'association, viennent à périr en route. Rigoureusement, le gérant étant devenu propriétaire, il faudrait décider que la perte est pour lui seul : *res perit domino*. Nous ne pensons pas cependant qu'il faille aller jusque là. Au fond, c'est ici une question d'intention ; or il est raisonnable de présumer que les parties ont voulu que les risques fussent communs. Sans doute le gérant est

(1) Dall., R. A. n° 1645.

propriétaire et agit au regard des tiers en son nom personnel ; il n'en est pas moins vrai que c'est dans l'intérêt commun ; que cet intérêt commun implique la répartition entre les divers associés des bonnes comme des mauvaises chances. Autrement on arriverait à ce résultat peu équitable, que le gérant serait tenu de partager avec son coassocié le bénéfice résultant de la vente des marchandises restant, comme si les autres n'avaient pas péri, puisque c'est sur l'ensemble de ces marchandises qu'a été calculée la part de l'associé.

D'ailleurs nous avons souvent redit que la participation se résume, en général, en un compte des bénéfices et des pertes. Or notre solution revient simplement à comprendre dans les pertes la destruction des marchandises. Il n'y a là rien que de conforme à l'essence même de la participation (1).

173. 2° Lorsque la mise d'un associé est devenue la propriété commune de ses coassociés, la perte de la chose est supportée également par tous ; l'association continue et l'associé dont l'apport a péri n'en prend pas moins sa part dans les bénéfices.

174. 3° Lorsque l'associé se réserve la propriété de son apport tout en donnant au gérant le droit d'en disposer en vue des opérations sociales, on appliquera la maxime : *res perit domino* ; l'associé s'étant réservé la propriété, entend évidemment courir les risques. Toutefois, nous n'appliquerons cette solution qu'en ce qui concerne les risques qui ne sont pas la consé-

(1) Pont, n° 1831. Lyon-Caen, n° 529. *Contrà* Delamarre, t. VI, n° 98.

quence même des opérations entreprises. Prenons un exemple. Jacques s'engage à envoyer à Pierre une cargaison de coton qui doit lui arriver d'Amérique ; Pierre fera la vente, mais le coton restera jusque là la propriété de Jacques. Si le navire portant le coton périt en mer, il est juste de décider que Jacques en supportera la perte. Mais si nous supposons que le coton étant arrivé à bon port, Jacques l'expédie à Pierre, et que la perte ait lieu durant ce trajet, la solution sera différente. Il n'est pas raisonnable de supposer que dans ce cas Jacques ait entendu supporter la perte à lui seul. A la différence du cas précédent, l'affaire commune a déjà reçu un commencement d'exécution ; les risques qui en sont la conséquence doivent être communs, comme seraient communes les pertes résultant de la vente (1).

Au reste, les parties pourraient apporter à toutes les règles précédentes telles exceptions qu'il leur conviendrait d'établir.

175. Nous avons supposé jusqu'ici des apports susceptibles de propriété commune. Nous n'avons que peu de chose à dire du cas où l'apport d'un associé consisterait dans son industrie. Cet associé devra appliquer son travail conformément à la convention et à l'intention des parties.

176. Il est des obligations qui sont spéciales au gérant. Le gérant est, en effet, tenu de mener l'affaire conformément aux conventions, et avec la bonne foi requise dans tous les contrats. En particulier, il doit

(1) Pont, n° 1832. Molinier, n° 608.

utiliser les mises au mieux des intérêts des associés, et, avant tout, il doit les employer à l'affaire convenue.

Supposons qu'il ait méconnu ce devoir, qu'il ait employé dans son intérêt personnel des sommes qui étaient destinées aux opérations de la participation. Appliquera-t-on alors les dispositions de l'article 1846 rappelées plus haut ? Certains arrêts l'ont décidé (1). Mais la Cour de cassation rejette avec raison cette manière de voir (2). Elle fait remarquer très-justement que la participation n'étant pas une société, on ne saurait lui appliquer les règles de ce contrat. D'ailleurs, pour des motifs que nous avons déjà exposés, nous admettons que le gérant puisse être tenu de dommages-intérêts plus étendus que les intérêts des sommes prélevées.

§ 2. EFFETS RÉSULTANT DES OPÉRATIONS.

177. La participation aura le plus souvent pour objet l'achat et la revente des marchandises. Quelle sera la condition de ces choses achetées par le gérant, celui-ci en est-il le seul propriétaire, ou la propriété se communique-t-elle à ses coassociés ?

La question présente un intérêt fort sérieux. D'abord au point de vue des risques : puis en ce qui concerne la possibilité de revendiquer au cas de faillite.

178. La réponse à notre question résulte de ce que nous avons dit au sujet de la communication de la propriété des apports ; nous avons constaté alors que tout est individuel dans la participation et qu'il n'y a

(1) Rennes, 6 mai 1835, D. R. A., n° 1647.

(2) Cass., 11 mai 1857, D. P. 57, 1, 303.

point, comme dans les sociétés ordinaires, formation de plein droit d'un fonds commun. Ici la situation est absolument la même ; et, pour des motifs identiques, la solution doit être semblable. Toutes les choses achetées par le gérant sont donc en principe sa propriété individuelle (1).

179. La volonté des parties pourra, évidemment, décider le contraire. C'est à elle qu'il faut avant tout se référer. Cette intention des parties contractantes peut s'être manifestée d'une façon formelle, ou résulter tacitement de la nature des conventions intervenues.

Cette dernière hypothèse se rencontrera chaque fois que l'associé acheteur devra être considéré comme le commissionnaire de son coassocié. Un négociant, par exemple, charge un commerçant d'une autre ville d'acheter certaines marchandises de compte à demi. De plus, il lui assure un droit de commission. Le premier négociant, par cette dernière clause, indique son intention de devenir propriétaire des choses achetées, à l'exclusion du gérant (2).

180. Mais il faut se garder de voir trop facilement un contrat de commission dans la participation. Nous empruntons l'espèce suivante à M. Troplong (3).

Un négociant de Bordeaux offre à un négociant de Bayonne de participer dans l'achat et la revente d'un parti de café qu'un navire vient d'apporter. Le négo-

(1) Req., 13 avril 1864, D. P. 64, 1, 305. Alauzet, n° 410.

(2) Nancy, 5 juin 1869, D. P., 72, 2, 115. Dijon, 11 février 1874, D. P. 75, 2, 55.

(3) Troplong, n° 482.

ciant de Bayonne répond qu'il entrera pour un tiers dans les profits et les pertes. Nous croyons avec l'auteur que nous citons, que dans cette espèce le Bordelais seul deviendra propriétaire de tous les cafés ; cela est conforme à la nature même du contrat intervenu.

On l'a contesté cependant (1). On a prétendu qu'il fallait analyser la convention comme suit : le marchand bayonnais donne au bordelais commission d'acheter un tiers des cafés pour son compte ; les deux autres tiers sont achetés par le gérant, et le tout est revendu à pertes et profits communs. Mais cette analyse nous paraît inexacte : le marchand bayonnais n'a dit qu'une chose ; c'est qu'il prendrait un tiers des bénéfices et des pertes de l'opération faite par le bordelais ; rien de plus. Introduire ici le contrat de commission serait modifier arbitrairement les effets de la volonté des parties.

181. Nous rencontrerons une autre exception à la règle indiquée, dans l'hypothèse où les associés ont mis en commun une certaine somme destinée à opérer l'achat de marchandises qu'on revendra ensuite.

On doit présumer que la somme étant commune, les parties ont entendu devenir copropriétaires des marchandises dont elle a été le prix.

Enfin même solution dans le cas de marchands qui s'associent en vue de faire des achats dans une vente aux enchères et de se partager le produit en nature.

(3) Delam. et Lepoit., t. VI, nos 96 et ss.

Ici encore la copropriété des diverses choses achetées est dans l'intention des parties (1).

182. Nous avons indiqué que l'intérêt de ces diverses questions se manifestait au point de vue des risques et de la faillite. Quant aux risques, nous appliquerons les règles établies au sujet des apports. En principe ils sont à la charge de l'associé acheteur et propriétaire ; il y aura exception pour les risques résultant des opérations entreprises et pour les choses communes aux divers associés. Quant à la faillite, l'associé propriétaire pourra revendiquer la chose entre les mains de son coassocié failli.

183. Faut-il, dans le silence de l'acte d'association, attendre jusqu'à la fin des opérations en vue desquelles on s'est associé, jusqu'à l'arrivée du terme fixé par la convention, pour procéder à des répartitions de bénéfices ou de pertes ? Ne pourra-t-on pas, au contraire, établir ces comptes à des intervalles réguliers ?

La première opinion a été soutenue par M. Ph. Dupin, dans une consultation produite devant la Cour de Rouen (2), dont voici quelques passages : « De ce que l'association en participation n'a pour objet que des opérations limitées à certaines choses, soit certaines affaires une fois faites, soit des affaires quelconques, pendant un certain nombre d'années, il s'ensuit que, tant que l'association n'est pas arrivée à sa fin, le compte des parties ne peut être arrêté ; il ne peut y avoir que des aperçus auxquels chaque jour

(1) Molinier, n° 601. Pont, n° 1840.

(2) Rouen, 31 juil. 45, D. P. 46, 2, 6.

apporte des changements. — Si on établit des inventaires ou des balances partielles, c'est qu'il faut bien se rendre compte de la position, et suivre les mouvements de la participation, ne fût-ce que pour la mieux diriger. Mais on ne peut demander à l'un des participants qu'il couvre ses coassociés de prétendues pertes que les opérations ultérieures peuvent couvrir (1). »

184. Nous nous refusons, avec la doctrine et la jurisprudence, à admettre cette manière de voir. Elle nous paraît incompatible avec les exigences du commerce et contraire aux usages en vigueur. Sans doute, lorsque la participation n'a eu pour objet que quelques opérations isolées, on conçoit fort bien que les parties aient entendu ne régler leurs comptes qu'après terminaison de l'affaire. Mais peut-on présumer cette volonté lorsque les opérations entreprises se prolongent des années durant ? Il est bien certain que l'associé qui a fait des avances pour la gestion de l'affaire n'a pas pensé rester à découvert et courir, pendant toute la durée de l'association, les risques de l'insolvabilité de ses coassociés.

On ne peut non plus priver les divers associés de toute espèce de rémunération pour leurs apports. La loi impose la confection annuelle d'un inventaire ; si donc on est forcé d'établir chaque année l'état des affaires de la participation, pourquoi ne pas procéder immédiatement à la répartition des bénéfices ou des pertes révélés par cet état ? On ne voit pas de raison sérieuse de s'y opposer, et, en fait, c'est ce qui se passe toujours (2).

(1) En note de l'arrêt de Rouen.

(2) Bédarrides, n° 467. Alauzet, n° 412.

SECTION II.

De la Dissolution.

§ I. — *Ses causes.*

§ II. — *Ses effets.*

§ I. — *Causes de la dissolution.*

185. La cause de dissolution la plus générale sera la terminaison de l'affaire que la participation avait pour objet.

Si les parties ont fixé une durée à leur association, l'arrivée du terme fixé dissoudra cette association. Ce sera le cas ordinaire des participations conclues pour une série d'affaires se répartissant sur plusieurs années ou pour l'exercice même d'une branche de commerce.

La perte de la chose qui devait faire l'objet des opérations sociales empêchera aussi la convention de produire ses effets.

Tous ces points n'offrent par de difficultés.

186. Il n'en est pas tout à fait de même si nous examinons les effets de la mort de l'un des associés. On a soutenu que cet évènement ne dissolvait pas forcément l'association (1). On propose dans ce système une distinction. L'associé décédé contribuait-il d'une manière active à la gestion de l'affaire sociale, alors sa mort est une cause de dissolution ; la considération de la personne du gérant est en effet décisive dans une association ; si le gérant meurt, celle-ci ne

(1) Dalloz, R. A. n° 1688.

peut subsister. Mais si le decujus n'a été qu'un bailleur de fonds, alors rien n'empêche le contrat de continuer à produire ses effets.

187. Nous préférons l'opinion contraire et nous pensons que dans tous les cas la mort d'un associé est une cause de dissolution. Il ne peut en aucun cas être indifférent aux associés d'avoir pour débiteur ou pour créancier telle ou telle personne. Même au cas où le décédé n'était pas gérant, la considération de sa personne, de son crédit personnel, de ses qualités propres ont été décisives. Nous n'apporterons d'autres exceptions à ce principe que celles qui résultent de la volonté des parties. Cette volonté peut être tacite ; nous la présumerons par exemple dans l'hypothèse de cette association que l'on peut appeler une participation en commandite par actions.

188. La faillite d'un associé dessaisissant celui-ci de l'administration de son patrimoine, sera-t-elle toujours une cause de dissolution ?

Il se peut d'abord que les parties aient prévu le cas et que leur intention ait été contraire. Dans ce cas l'association subsistera (1).

Ces hypothèses mises à part, nous croyons que l'on ne saurait donner de solution absolue à cet égard. La question à examiner sera celle de savoir si l'état de faillite d'un des associés est un obstacle à la continuation des affaires. Si cet associé est gérant, la dissolution s'impose, puisqu'il est dessaisi de l'administration de ses biens. Remarquons toutefois que les

(1) Cassat., 18 janvier 1881, D. P. 81, 1, 244.

syndics devant liquider la situation, seront souvent amenés à achever les opérations entreprises. Tout sera comme si la participation n'avait pas été dissoute ; seulement les coassociés seront réduits à un dividende.

Supposons la faillite de l'associé inactif. Si le gérant veut continuer l'affaire, que pourra dire la masse ? Son droit se réduit en général à demander un compte des bénéfices et des pertes ; mais ce compte n'est possible que lorsque la participation est achevée. Il se peut que le failli ait conservé la propriété de choses employées dans l'affaire commune ; les syndics peuvent faire rentrer dans l'actif de la faillite ces objets et en enlever la disposition au gérant ; l'association est alors forcément dissoute.

§ II. *Effets de la dissolution.*

Trois hypothèses sont à distinguer :

Ou bien les opérations n'ont pas encore commencé ;

Ou bien elles sont en cours d'exécution ;

Ou bien enfin elles sont terminées.

Reprenons-les successivement.

189. 1^o LES OPÉRATIONS N'ONT PAS ENCORE COMMENCÉ. — Tout doit être remis en état, en tenant compte des diverses causes de dissolution.

La société est-elle dissoute par la perte de la chose qui devait faire l'objet des opérations ? nous appliquerons les règles exposées en étudiant les risques.

Est-ce la faillite d'un des associés qui donne lieu à la dissolution ? Alors, ou bien les coassociés se trouvent créanciers du failli à raison des valeurs qu'ils

lui ont versées, et dans ce cas leur créance sera réduite au dividende produit par la faillite; ou bien ils sont restés propriétaires des apports dont le failli n'est que détenteur, et dans ce cas ils exerceront l'action en revendication qui leur compète dans les limites des articles 574 et suivants du Code de commerce.

190. 2° LES OPÉRATIONS SONT EN COURS D'EXÉCUTION. — Les principes que nous venons de rappeler quant aux risques, et quant aux conséquences découlant pour les associés de leur qualité de propriétaires ou de créanciers, trouveront ici leur application. Lorsque les associés se présentent ainsi comme créanciers sociaux, ils n'ont pas cependant, en cette qualité, de droit de préférence sur les choses sociales; c'est ce que nous avons vu plus haut.

191. La dissolution résout en principe tous les pouvoirs du gérant; que si cependant celui-ci dispose de choses sociales demeurées la propriété de ses associés, ces derniers pourront méconnaître les droits concédés aux tiers. Toutetois, comme le plus souvent c'est le gérant qui devra opérer la liquidation de l'association, il conservera à cet effet tous les pouvoirs nécessaires. En fait, cette liquidation équivaudra fréquemment à la continuation des affaires. Deux marchands sont associés pour l'achat et la revente d'une cargaison de coton. L'achat est fait, la revente est sur le point d'être conclue lorsque l'association est dissoute; le gérant, pour liquider les affaires, terminera la revente.

192. Les associés peuvent choisir l'un quelconque

d'entre eux comme liquidateur. Ce choix n'a pas pour effet de donner à ce liquidateur le droit de représenter en justice ses coassociés. La participation n'est pas une personne morale ; elle se trouve soumise à l'application de ce principe de droit commun que *nul en France ne peut plaider par procureur* (1).

La liquidation achevée, la situation est la même que dans le troisième cas auquel nous arrivons.

193. 3° LES OPÉRATIONS SONT TERMINÉES. — La réalisation des opérations en vue desquelles la participation a été établie, a pour effet de créer deux obligations corrélatives : l'une à la charge du gérant, l'autre à la charge de ses coassociés. Le gérant qui est obligé par le contrat de bien mener l'affaire de l'association, doit, lorsque cette affaire est accomplie, en rendre compte à ses coassociés, et leur communiquer, s'il y a lieu, la part de bénéfices qui leur revient. — Les coassociés, de leur côté, doivent l'indemniser de toutes les avances qu'il aura faites, et supporter dans les pertes la part qui leur incombe.

194. a) *Obligations du gérant.* — Le gérant doit rendre compte de la façon dont il a mené les affaires de la participation. Il doit justifier de l'emploi qu'il a fait des apports des associés ; nous avons vu quelle était sa responsabilité au cas où il aurait disposé de ces choses à son profit personnel.

195. Ses comptes rendus, il doit remettre aux divers associés la part de bénéfices qui leur revient,

(1) Aix, 2 mai 1871, S. 71, 2, 261. *Contrà* : Paris, 24 mai 1862, S. 63, 2, 201.

les bénéfices étant supposés certains, clairs et liquides (1).

Cette part peut varier au gré de la volonté des parties dont la liberté est en principe pleine et entière. Nous ne leur imposerons que les restrictions nécessaires pour conserver à l'association son caractère de contrat à titre onéreux, restrictions consacrées par la loi en matière de sociétés (1855, C. civ.) ; il ne sera pas permis d'attribuer tous les bénéfices à un seul des associés. Mais on pourra fort bien convenir qu'avant tout partage on remboursera les capitaux fournis par l'un des associés. A défaut de convention expresse on décidera même que l'associé qui a fait des fournitures, d'une façon générale, devra être indemnisé préalablement à toute distribution de bénéfices (2).

Au cas où le gérant est en faillite, les associés ne reçoivent qu'un dividende.

196. b). Obligations des associés. — Les associés doivent d'abord tenir compte au gérant de toutes les avances que celui-ci a faites dans l'intérêt de l'affaire commune. A cet égard, il y aura lieu, croyons-nous, à l'application de l'article 2001 du Code civil, qui dispose que l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées. En faisant ces avances le gérant agit sans doute dans son intérêt particulier ; mais c'est aussi dans l'intérêt de ses coassociés, qui lui

(1) Cass., 20 mai 1874, S. 74, 1, 427.

(2) Rouen, 19 janvier 1844, S. 44, 2, 393.

avaient donné le mandat de gérer l'affaire conformément aux conditions du contrat.

197. Il faut, en second lieu, que les associés supportent une part dans les dettes si l'affaire a mal tourné. — Le contrat aura généralement réglé cette répartition. S'il se tait sur les bénéfices comme sur les pertes, celles-ci se répartiront également entre les divers associés. Si la part dans les bénéfices est seule fixée, il sera équitable d'attribuer la même part dans les dettes (1) ; c'est un principe consacré en matière de sociétés par l'article 1853.

198. Mais quelle sera l'étendue de cette obligation aux dettes ? L'associé qui a fait apport d'une somme d'argent, par exemple, est-il tenu *in infinitum* de sa part dans les dettes, ou n'est-il tenu que jusqu'à concurrence de la valeur de sa mise ? — La jurisprudence italienne adoptait ce dernier système. Mais elle n'avait pas été suivie par nos anciens auteurs qui se prononçaient tous pour la responsabilité indéfinie. C'est encore la solution qu'il faut adopter aujourd'hui (2).

Au reste nous rappelons que les parties ont le droit de déroger à cette règle et d'établir une responsabilité restreinte à leur mise (3).

199. Il se peut que l'un des associés contre lequel le gérant a un recours, devienne insolvable. Le gérant supportera-t-il seul la perte, ou l'insolvabilité se

(1) Bordeaux, 9 janvier 1826, D. R. A. n° 486.

(2) Troplong, n° 515. Dalloz, R. A. n° 1649. Bédarrides, n° 453. Alauzet, n° 410. Lyon-Caen, n° 532.

(3) Rouen, 19 janvier 1844. S. 44, 2, 393. Cass., 11 avril 1849. D. P. 55, 5, 719.

répartira-t-elle entre les divers associés proportionnellement à la part que chacun d'eux a dans l'association. Un arrêt s'est prononcé en ce dernier sens, et c'est avec raison, à notre avis. Ce qu'il faut rechercher avant tout, c'est l'intention des parties ; c'est l'interpréter sainement que de juger qu'aucun des associés n'a entendu prendre à sa charge exclusive les risques d'insolvabilité de ses coassociés (1).

200. La question a présenté des difficultés dans une espèce particulière ; cela en ce qui concerne cette participation qui se forme entre celui qui fait partie d'une société en nom collectif et son croupier. Le croupier doit-il supporter les pertes résultant de l'insolvabilité des associés de son cédant ?

Les uns soutiennent la négative (2). Suivant eux, le croupier ne prend une part que dans les pertes résultant des opérations faites par la société, et non dans celles qui sont le fait de personnes auxquelles il est absolument étranger.

D'autres prétendent, à l'inverse, que le croupier supportera toujours ces pertes (3).

Au fond, c'est ici encore une question d'intention. En principe, nous croyons que le dernier système est exact ; mais nous y apporterons exception chaque fois que l'intention des parties nous paraîtra contraire.

201. Disons enfin que parfois il ne suffira pas de rendre compte, mais qu'il y aura encore lieu à une

(1) Cass., 29 mai 1845, D. P. 45. 1, 349.

(2) Merlin. *Questions de droit* (V. Croupier).

(3) Troplong, n° 761.

liquidation. Nous renvoyons, à cet égard, à ce que nous avons dit pour le cas où la dissolution surviendrait au cours des opérations.

APPENDICE

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Nous donnons ci-après les dispositions essentielles des principales lois commerciales étrangères concernant la participation. Nous avons pu nous référer au texte même pour les lois allemande (1), italienne (2), suisse (3) et belge (4) ; pour les autres, nous avons puisé nos renseignements dans l'excellent ouvrage de M. Rousseau : *Des sociétés commerciales*, t. II.

Législation allemande.

Le trait essentiel de la participation, dans notre législation française, est son caractère occulte qui fait que les tiers ne connaissent que celui des associés qui traite avec eux. Le Code de commerce allemand (livre III, art. 250 à 270) reconnaît ce caractère à deux espèces d'institutions : d'une part, ce qu'il appelle la société tacite (*stille Gesellschaft*) ; d'autre part, l'association pour faire en compte commun des opérations de commerce isolées.

Un autre trait commun à ces deux contrats, c'est

(1) Trad. Lyon-Caen.

(2) Edit. officielle.

(3) Edit. officielle.

(4) Annuaire de législ. étrang., t. III (1874), p. 360.

qu'ils n'exigent pour leur formation aucune solennité (art. 250, 266).

1. Société tacite.

Aux termes de l'article 250 : « Il y a société tacite lorsqu'une personne s'intéresse, par un apport, aux affaires commerciales d'une autre personne, moyennant une participation dans les bénéfices ou dans les pertes. »

C'est là, comme on l'a dit, une espèce de commandite bâtarde, bâtarde en ce qu'il n'y a pas de raison sociale (art. 251) ; pas de personne morale, en sorte que le gérant devient propriétaire de l'apport de l'associé tacite (art. 252) ; bâtarde encore en ce que les tiers ne peuvent agir contre l'associé tacite (art. 256).

A son tour celui-ci n'a pas d'action contre les tiers (art. 256) ; il reçoit simplement, à la fin de chaque exercice annuel, la part de bénéfice qui lui revient ; s'il y a des pertes, il les supporte, pour sa part, jusqu'à concurrence de son apport (art. 255).

Il importe que l'associé reste dans son rôle ; si son nom figurait dans la raison de commerce de celui qui agit, il serait personnellement et solidairement responsable envers les créanciers de la société (art. 257). On appliquerait de même les principes généraux du droit, au cas où l'existence de la société serait révélée à un tiers par l'associé tacite ou de son consentement (art. 260).

Les articles 258 et 259 prévoient spécialement le cas où le gérant ferait faillite. Dans ce cas l'associé

tacite est créancier de la faillite pour la partie de son apport qui dépasse sa participation proportionnelle dans la perte. Si son apport n'est pas versé, il doit le faire jusqu'à concurrence de cette part proportionnelle. Si dans l'année avant l'ouverture de la faillite, la société a été résiliée d'un accord commun, ou l'apport remboursé, ou que remise ait été faite de la part de l'associé tacite dans la perte, les créanciers du gérant ont le droit de demander à l'associé tacite le montant de ses remboursements, sans préjudice de son droit de produire à la faillite pour les créances lui appartenant au moment de la résiliation, en qualité d'associé.

La société se dissout pour les causes ordinaires (art. 261 à 264). Le gérant paye alors, à l'associé tacite, sa créance, et liquide les affaires en suspens (art. 265).

2. De l'association pour faire, en compte commun, des affaires de commerce isolées.

Ici le Code allemand est plus bref.

Il ne donne pas de définition de cette association ; l'article 266 la dispense simplement de toute formalité. Mais il faut remarquer que des termes mêmes dont la désigne la rubrique du titre II, il résulte que la participation ne pourrait avoir pour objet une longue suite d'affaires.

Sauf convention contraire, les participants contribuent, par portions égales, à l'entreprise commune (art. 267). Sous la même réserve, les gains et pertes se répartissent par tête ; toutefois les apports reçoivent un intérêt (art. 268).

Comme dans la participation française, seul le participant qui a agi, est tenu envers les tiers ; seul aussi il devient créancier. Mais les divers participants sont obligés solidairement lorsqu'ils ont agi en commun ou par un mandataire commun. Ces points, controversés dans notre droit, sont formellement établis par l'article 269.

L'affaire terminée, le gérant rend compte et liquide la situation (art. 270).

Législation autrichienne.

Une loi du 17 décembre 1862 a introduit le Code de commerce allemand en Autriche. Les diverses dispositions que nous venons de mentionner, s'appliquent donc à ce pays, et nous n'avons rien à ajouter.

Législation hongroise.

Le Code de commerce hongrois, publié le 16 mai 1875, et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1876, se rapproche de la loi allemande par certains côtés et en diffère par d'autres. Il en diffère en ce qu'il ne dit rien des sociétés tacites.

Il s'en rapproche en ce que les dispositions des articles 61 à 63, relatives aux associations en participation, reproduisent, sans modification notable, les articles 266 à 270 du Code allemand.

Législation belge.

La loi du 18 mai 1873, sur les sociétés, distingue les associations commerciales momentanées, des associations commerciales en participation (art. 3).

Elles ont pour caractères communs, de n'avoir pas de personnalité juridique (art. 3); de pouvoir se prouver même par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise (art. 5); de n'être soumises à aucune des formalités prescrites pour les sociétés ordinaires (art. 14); enfin, d'avoir lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants (art. 110).

Mais dans leurs rapports avec les tiers les deux associations se séparent.

L'article 108 définit, en effet l'association momentanée : « Celle qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées » ; et il ajoute que les associés sont tenus solidairement envers les tiers avec qui ils ont traité.

La loi suppose donc une action commune de plusieurs commerçants en vue de courtes opérations ; la brièveté même de ces affaires empêche une constitution régulière de la société ; mais du moins les tiers ont-ils la garantie ordinaire de la solidarité.

Tout autre est l'association en participation. L'article 109 est ainsi conçu : « L'association en participation est celle par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans les opérations qu'une ou plusieurs autres gèrent en leur nom ». Ici nous trouvons les traits essentiels de la participation française : le gérant agit en son propre nom ; partant, les tiers n'ont pas d'action contre des associés qu'ils ignorent. C'est une conséquence consacrée par l'arti-

cle 125, qui dispose que : « Il n'y a entre les tiers et le participant qui s'est tenu dans les termes d'une simple participation, aucune action directe ».

Législation espagnole.

Le Code de commerce espagnol reconnaît des associations en participation dites aussi accidentelles ou inconnues. Elles ont les mêmes caractères que dans notre législation française. Elles peuvent avoir des objets divers : l'achat de choses à partager en nature ; l'achat et la revente, suivis d'un compte des bénéfices et des pertes ; la participation, moyennant un apport, dans les pertes ou les bénéfices d'opérations faites individuellement par l'un des associés. Dans tous les cas, il n'y a pas de formes légales, et point de restrictions en ce qui concerne la preuve de l'association.

Les tiers n'ont d'action que contre celui des associés qui a traité avec eux.

Législation portugaise.

Le Code portugais distingue les associations en participation et les participations à des entreprises commerciales.

Quant aux associations en participation, leur condition est la même qu'en France. Il faut noter toutefois que l'association peut avoir lieu entre un commerçant et un non-commerçant, et qu'alors les opérations ne peuvent être faites que par celui des deux associés qui est commerçant.

La participation à des entreprises commerciales

(*parceria*) obéit à des règles différentes. La nature de l'opération à entreprendre a une grande importance ; ces participations ne peuvent se former, en effet, que pour une ou plusieurs affaires commerciales strictement déterminées.

Les participants ne s'obligent que dans la mesure de leurs mises. Ils ne peuvent s'immiscer dans la gestion, s'ils sont simples bailleurs de fonds ; autrement ils seraient réputés associés et responsables comme tels, même au delà de leur apport.

Il faut que le contrat soit fait en la forme authentique, et transcrit sur le registre public de commerce. La sanction de cette exigence est la responsabilité solidaire vis-à-vis des tiers, qui incombe alors aux participants.

Législation italienne.

Le nouveau Code de commerce italien reconnaît les associations en participation. L'art. 233 les définit de la façon suivante : « L'association en participation a lieu quand un commerçant ou une société commerciale admet une ou plusieurs personnes, ou une société, à participer aux bénéfices et aux pertes résultant d'une ou de plusieurs opérations, ou même de son commerce tout entier ». La détermination de l'objet n'est donc pas envisagée ; il suffit que ce soit un acte de commerce qui, d'ailleurs, peut être fait par un non-commerçant (art. 234). L'association en participation n'est pas une société commerciale. C'est ce qui résulte implicitement du silence gardé par la loi dans ses dispositions générales sur les sociétés (art. 76).

Sur ce point, comme sur presque tous les autres, les règles du Code italien sont les mêmes que celles de notre législation. Comme elle, il décide que la participation n'est pas personne morale, et que les tiers ne peuvent ni agir contre les associés inactifs ni être poursuivis par eux (art. 235). Les objets achetés pour le compte de la participation ne deviennent pas la propriété commune des associés. Les parties peuvent convenir que ces choses seront réparties en nature ; mais, ce cas excepté, leur droit consiste simplement à pouvoir exiger un compte des bénéfices et des pertes (art. 236). Comme dans notre droit, les associés jouissent d'une pleine liberté quant au règlement de leurs conventions ; ils ne sont pas soumis à l'observation des formalités spéciales aux sociétés commerciales (art. 237 et 238) ; mais, différence remarquable, il faut prouver l'association par écrit (art. 238).

Législation anglaise.

La loi anglaise (1) ne reconnaît pas les associations en participation. Le droit commun en ce qui concerne les sociétés est constitué par les règles qui régissent la *partnership*.

Cette société n'a besoin d'aucune formalité pour sa constitution, et n'est pas personne morale. Ce sont là des traits communs avec la participation. C'en est un

(1) Voy. outre les ouvrages de MM. Rousseau et Colfavru, une série d'articles sur les *Sociétés anglaises* publiés par M. Emile Ollivier dans la *Revue pratique* : 1863, t. 15, p. 337. — 1865, t. 20, p. 481. — 1866, t. 21, p. 5. — 1867, t. 23, p. 193 et 289.

autre qu'il puisse y avoir des *associés dormants*, qui prennent simplement part aux bénéfices et ne figurent ni dans l'acte de société, ni dans les opérations faites avec les tiers. Tant que ceux-ci ignorent l'existence de l'associé dormant, nous avons affaire à une véritable participation. — Mais où la ressemblance cesse, c'est quand le tiers vient à connaître l'associé, sans apprendre en même temps sa qualité spéciale ; dans ce cas, la responsabilité solidaire est imposée à cet associé.

On voit, d'après ces indications, que l'existence d'une association en participation, telle que nous la concevons dans notre droit français, dépendra, en Angleterre, d'une pure circonstance de fait, à savoir l'ignorance où est le tiers de l'existence ou de la qualité de l'associé dormant,

Législation suisse.

Le Code fédéral des obligations, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1883, ne prononce pas les termes d'association en participation et ne reconnaît nulle part cette espèce d'association. Ce n'est pas à dire toutefois que ces sortes de contrats ne soit pas possibles. Ils peuvent en effet s'adapter aux règles posées pour les sociétés simples (titre 23).

La définition de ces sociétés n'est pas incompatible avec leur existence, comme l'est la définition de l'article 1832. L'article 524 dispose, en effet, que : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun.

La société est une société simple lorsqu'elle ne présente pas les caractères spéciaux des sociétés et associations régies par les titres 24 à 48. » Donc il n'y a point nécessairement de fonds commun.

Les actes que le gérant fait pour le compte de la société, mais en son nom personnel, n'engagent en aucune façon les associés avec les tiers. Seul le gérant devient créancier ou débiteur, en principe (art. 543). C'est là encore un trait propre à la participation.

Enfin la loi n'exige nulle part des formalités pour la constitution ou la dissolution des sociétés simples.

TABLE DES MATIÈRES

	Numéros
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I. — La participation dans l'ancien droit	8
CHAPITRE II. — Nature, caractères distinctifs et principales applications de la participation.	
SECTION I. — Nature de la participation . . .	19
SECTION II. — Caractères distinctifs.	
§ I. — Caractères distinguant la participation des autres sociétés de commerce. .	24
§ II. — Caractères distinguant la participation des sociétés civiles.	51
SECTION III. — Principales applications . . .	64
Division : 1) Au point de vue de l'objet.	65
2) Au point de vue du mode d'action	68
3) Au point de vue des rapports des associés entre eux. . . .	70
CHAPITRE III. — Conditions de validité et preuve de la participation	71
SECTION I. — Conditions de validité.	
§ I. — Du consentement	72
§ II. — De l'objet	74
§ III. — De la cause	75
§ IV. — Observation des caractères propres de la participation	80
SECTION II. — Preuve de l'association	85

§ I. — Preuves écrites.	
<i>a)</i> Acte public ou sous seing privé.	88
<i>b)</i> Livres	92
<i>c)</i> Correspondance	94
§ II. — Preuves orales.	
<i>a)</i> Preuve testimoniale	95
<i>b)</i> Aveu et serment	98
§ III. — Présomptions	99
SECTION III. — Des attributions respectives de la Cour de cassation et des juges du fond	101
CHAPITRE IV. — Effets de la participation dans les rapports des associés avec les tiers .	112
SECTION I. Situation du gérant	117
§ I. Droits du gérant.	
<i>a)</i> Droit de disposition	118
<i>b)</i> Droits résultant pour le gé- rant des actes qu'il a faits .	124
§ II. — Droits des tiers	125
SECTION II. — Situation des associés inactifs .	
§ I. — Droits des associés.	131
<i>a)</i> Droit de disposition	132
<i>b)</i> Droits des associés contre les tiers.	136
§ II. — Droits des tiers	138
1) Droits des tiers sur les choses sociales.	
<i>a)</i> Créanciers personnels du gérant.	139
<i>b)</i> Créanciers sociaux	142
<i>c)</i> Tiers ayant traité avec les associés inactifs	143
2) Droit d'action des tiers créan- ciers sociaux.	145

a) Y a-t-il une action solidaire	146
b) Y a-t-il une action directe	
<i>de in rem verso ?</i>	156
c) Exceptions au principe . .	159
CHAPITRE V. — Des effets de l'association en participation dans les rapports des associés entre eux	165
SECTION I. — Effets durant l'association . . .	166
§ I. — Effets découlant du contrat même. .	167
§ II. — Effets résultant des opérations. . .	177
SECTION II. — De la dissolution.	
§ I. — Ses causes.	185
§ II. — Ses effets.	
1) Les opérations n'ont pas encore commencé	189
2) Les opérations sont en cours d'exécution.	190
3) Les opérations sont terminées.	193
a) Obligations du gérant . . .	194
b) Obligations des associés . .	196
	Pages
APPENDICE. — Législations étrangères.	132
Législation allemande	132
— autrichienne.	135
— hongroise	136
— belge.	136
— espagnole	137
— portugaise.	137
— italienne.	138
— anglaise	139
— suisse.	140

POSITIONS

DROIT ROMAIN

- I. La gens repose essentiellement sur la parenté.
- II. Le testament constituait une adrogation, à l'origine.
- III. La loi des XII tables a rendu plus difficile la perte de la puissance paternelle.
- IV. Il y eut, à l'origine, *successio graduum* dans l'ordre des agnats.

DROIT CIVIL

- I. Les sociétés civiles ne sont pas personnes morales.
- II. L'existence d'un fonds commun est nécessaire à la formation d'une société.
- III. Il n'y a pas de solidarité imparfaite.
- IV. L'étranger est admis à jouir de tous les droits civils qui ne lui sont pas expressément refusés par la loi.

DROIT COMMERCIAL

- I. L'association en participation peut avoir pour objet des opérations prolongées.

II. Elle n'entraîne pas la mise en commun des apports et n'est donc pas une société.

III. Les associés peuvent demander des répartitions de bénéfices ou de pertes avant l'expiration de la durée fixée pour l'association.

IV. La Cour de cassation doit soumettre à son contrôle toute décision appréciant les caractères que doit avoir une participation.

DROIT CRIMINEL

I. La tentative impossible n'est punissable en aucun cas.

II. Le condamné par contumace ne peut être mis en état d'interdiction légale.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Les conseils généraux ne peuvent déclasser en bloc les routes départementales.

II. Les conseils de préfecture ne sont pas compétents pour connaître des dommages causés aux personnes par l'exécution des travaux publics.

Vu par le Doyen,
Président de l'acte public.

Nancy, le 4 juin 1883.

E. LEDERLIN.

Vu et permis d'imprimer.

Nancy, le 4 juin 1883.

Le Recteur,

M. MOURIN.

